

ПАО «Мегафон»

Оружейный пер., дом 41,

город Москва, 127006

<...>

АО «Газпромбанк»

Намёткина ул, д. 16, корп. 1,

г. Москва, 117420

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 077/05/18-14953/2019

Резолютивная часть оглашена «12» февраля 2020 года г. Москва

В полном объеме изготовлено «06» марта 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело №077/05/18-14953/2019 по факту распространения

АО «Газпромбанк», ПАО «Мегафон» на телефонный номер <...> рекламы посредством следующего СМС сообщения:

«Воспользуйтесь специальными условиями потребительских кредитов в Газпромбанке! Оформите кредит по ставке 9.8 % годовых на сумму до 3 млн. рублей. Подробности на www.gazprombank.ru-creditgpb или в отделениях банка ГПБ (АО). Не является публичной офертой», поступившего 15.07.2019 в 13:58 с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в присутствии представителя АО «Газпромбанк» в лице <...> (по доверенности № <...>),

в отсутствие представителя ПАО «Мегафон» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-14953/2019 возбуждено Московским УФАС России в отношении ПАО «Мегафон», АО «Газпромбанк» на основании заявления физического лица по факту распространения АО «Газпромбанк», ПАО «Мегафон» на телефонный номер <...> рекламы посредством следующего СМС сообщения:

«Воспользуйтесь специальными условиями потребительских кредитов в Газпромбанке! Оформите кредит по ставке 9.8 % годовых на сумму до 3 млн. рублей. Подробности на www.gazprombank.ru-creditgpb или в отделениях банка ГПБ (АО). Не является публичной офертой», поступившего 15.07.2019 в 13:58 от отправителя «Gazprombank».

В рассматриваемой рекламе усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получения рекламы.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы представителей стороны по делу, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссией Московского УФАС России установлено следующее.

ПАО «Мегафон» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным

регистрационным номером 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770701001.

АО «Газпромбанк» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700167110, ИНН 7744001497, КПП 772801001.

Согласно материалам дела № 077/05/18-14953/2019 на номер <...> 15.07.2019 в 13:58 с номера, имеющего буквенный идентификатор «Gazprombank», поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на номер <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, детализацией, а также не оспаривается ПАО «Мегафон», АО «Газпромбанк».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона 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 или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона 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 или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи,

такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс - сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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 пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный

для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщений, в котором содержится информация об условиях кредитования АО «Газпромбанка», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, а следовательно, является рекламой в понимании пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе, что не оспаривается сторонами по делу.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о

том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласно представленным ПАО «Мегафон» в материалы дела документам, при заключении Договора об оказании услуг связи № <...> от <...>, заключенным между ПАО «Мегафон» и заявителем, (далее также абонентского договора) заявитель согласился на получение рекламы при использовании услуг связи Мегафон и использовании сведений об абоненте согласно пункту 14.14.2 Условий оказания услуг связи Мегафон, не поставив соответствующую пометку в инфокарте о своем несогласии.

Согласно пункту 14.14.2 данных условия подписывая Договор, абонент соглашается на весь срок его действия в том числе на получение рекламы при использовании услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об абоненте в целях продвижения товаров работ услуг Оператора и третьих лиц (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи.

Следовательно Комиссией Московского УФАС России установлено, что в данном случае абонентом подписан договор, в котором указано на согласие абонента на получение рекламы, никаких отметок о несогласии или об отказе от получения рекламы в договоре не проставлено. Данное обстоятельство свидетельствует о том, что при заключении договора абонент выразил свое согласие на получение рекламы.

Таким образом, согласие абонента выражено в достаточной форме для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (конкретных рекламораспространителей), а именно ПАО «Мегафон» и его партнеров.

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

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с представленными в материалы дела документами и сведениями, рассылка от отправителя «Gazprombank» осуществлялась на основании договора об оказании услуг связи № ФД-ГО- 111/2019,

заключенный между АО «Газпромбанк» и ПАО «Мегафон» (далее - Договор).

Согласно пункту 1 Договора ПАО «Мегафон» обязуется оказывать АО «Газпромбанк» услуги связи, а также связанные с ними дополнительные услуги.

В частности согласно Приложению № 1 к Договору об оказании услуг связи «Условия оказания услуги «Мегафон.Таргет» ПАО «Мегафон» осуществляет деятельность по рассылке смс/ммс-сообщений, содержащих рекламно-информационные материалы АО «Газпромбанк» от АО «Газпромбанк» до оборудования связи ПАО «Мегафон».

Согласно положениям данного договора рассылка рекламных сообщений осуществляется абонентам оператора как из перечня абонентских номеров АО «Газпромбанка», так и перечня абонентских номеров ПАО «Мегафон».

Вместе с тем как следует из письменных пояснения АО «Газпромбанк» АО «Газпромбанк» не давал поручения ПАО «Мегафон» на осуществление рассылки рекламных смс-сообщений на абонентские номера АО «Газпромбанка». Телефонный номер заявителя <...> относится к абонентским номерам ПАО «Мегафон» в соответствии с положениями Приложения № 1 к Договору.

Согласно пункту 5.24 Приложения № 1 к Договору размещение рекламно-информационных материалов среди конечных получателей из перечня абонентских номеров ПАО «Мегафон» может быть осуществлено только среди конечных получателей, от которых получено согласие на получение рекламы в соответствии с Законом о рекламе. ПАО «Мегафон» несет единоличную ответственность за размещение рекламно-информационных материалов без получения необходимых согласий либо в нарушении действующего законодательства Российской Федерации.

Более того данные обстоятельства подтверждаются также представленными АО «Газпромбанк» Тарифным планом «Мегафон Таргет» Приложение № 2 к Договору и Перечня Абонентских номеров Приложение № 3 к Договору.

Согласно данным документам АО «Газпромбанк» определяет лишь объем и содержание распространяемой рекламы, не осуществляя действий, направленных на распространение рекламы на конкретные телефонные номера.

На основании вышеизложенного, будучи рекламодателем,

АО «Газпромбанк» не является рекламодателем, следовательно в соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе также не несет ответственности при распространении рекламного сообщения в данном случае.

Таким образом, руководствуясь частью 9 статьи 36 Закона о рекламе, подпунктом «а» пунктом 36 Правил, Комиссия Московского УФАС

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 077/05/18-14953/2019 в отношении ПАО «Мегафон», АО «Газпромбанк» прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>