

Решение

по делу № 041/05/18-237/2019

30 августа 2019

г. Петропавловск-Камчатский

Резолютивная часть решения оглашена 29.08.2019

Решение в полном объеме изготовлено 30.08.2019

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю (далее – Комиссия Камчатского УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе:

Председатель Комиссии – ВрИО руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю;

Членов Комиссии:

– специалиста 1 разряда отдела правового обеспечения и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю,

– главного специалиста – эксперта отдела правового обеспечения и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю;

в отсутствии представителей лиц участвующих в деле,

рассмотрев дело № 041/05/18-237/2019, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 19.06.2019 в 04 часов 37 минут на выделенный телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без его предварительного согласия, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - *Федеральный закон «О рекламе»*),

УСТАНОВИЛА:

21.06.2019 г. вх. № 1192/р в Камчатское УФАС поступило заявление по признакам нарушения законодательства о рекламе.

Заявитель сообщил, что 19.06.2019 в 04 часа 37 минут на его телефонный номер <...> поступило смс сообщение рекламного характера следующего содержания: «Все, кто Вам звонит, услышат фирменную мелодию МегаФона вместо гудков. Для смены мелодии услуга «Замена гудок» бесплатна. Управление: *770# Подробности: https://www.megaфон.ru/go/s_zam_auto».

Номер заявителя относится к ресурсу нумерации ПАО «Мегафон».

Камчатским УФАС России был направлен запрос (исх. № 2306/05 от 17.07.2019 г.) в ПАО «Мегафон» о предоставлении информации (с приложением подтверждающих документов), а именно необходимо было предоставить:

- детализацию звонков абонента с номером за 19 июня 2019;
- договоры заключенные ПАО «Мегафон» на распространение рекламного смс сообщения;
- информацию о телефонном номере

В ответе на запрос исх. 2306/05 от 17.07.2019 ПАО «Мегафон» сообщило, что согласно данным сертифицированной информационно-биллинговой системы ПАО «Мегафон» на абонентском номере – 19.06.2019 г. в 4 часа 37 минут зафиксировано входящее смс-сообщение с номера МегаFon (номер смс-центр).

Направление указанного в запросе рекламного сообщения осуществлялось Оператором.

30.07.2019 исх. № 2425/05 Камчатским УФАС России был направлен запрос в ПАО «Мегафон» о предоставлении копии договора заключенного ПАО «Мегафон» с

В ответе от 13.08.2019 вх. № 2777 ПАО «Мегафон» указало, что копия договора № в архиве не сохранилась и не может быть предоставлена.

14.08.2019 г. поступили дополнительные документы от вх. № 2809, которые были приложены к изначальному заявлению № РС-9251860526-А-11-20190620 от 20.06.2019 г., а именно Договор и чеки на оплату, Условия тарифа Посекундный, Условия оказания услуг связи МегаФон, Технические показатели и нормы, Условия оказания услуги замени гудок, согласие на получение детализации, смс-скриншот.

Из Договора на оказание услуг следует, что Абонент ознакомился со

всеми Условиями оказания услуг связи и выразил свое несогласие на получение рекламы при использовании услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий, путем проставления отметки в специальной графе «не согласен».

Определением от 14.08.2019 г. антимонопольным органом возбуждено дело № 041/05/5-222/2019 по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». К участию в деле привлечены лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ПАО «Мегафон».

В соответствии со статьей 1 Федерального закона «О рекламе» **целями настоящего Закона являются** развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, **реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.**

В соответствии со статьей 3 Федерального закона «О рекламе» **реклама** это 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; **объект рекламирования** - товар, средство его индивидуализации, 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; **рекламораспространитель** - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Постановление № 58) 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Федеральным законом «О рекламе».

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального закона «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является услуга «Замена гудок».

Согласно части 1 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального 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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 Постановления № 58 указал следующее: «Согласно части 1 статьи 18 Федерального 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 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 Федеральный 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 рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 19.06.2019 в 04 часа 37 минут на выделенный Заявителю телефонный номеррекламы следующего содержания: «Все, кто Вам звонит, услышат фирменную мелодию МегаФона вместо гудков. Для смены мелодии услуга «Замена гудок» бесплатна. Управление: *770# Подробности: https://www.megafon.ru/go/s_zam_auto», были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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

Как указано выше, статьей 3 Федерального закона «О рекламе» определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия Камчатского УФАС пришла к выводу о том, что им является ПАО «Мегафон».

Нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях (часть 4 статья 38 Федерального закона «О рекламе»).

Статья 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность за нарушение Федерального закона «О рекламе».

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37, 42 Правил рассмотрения

антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Камчатского УФАС

РЕШИЛА

1. Признать рекламу следующего содержания «Все, кто Вам звонит, услышат фирменную мелодию МегаФона вместо гудков. Для смены мелодии услуга «Замена гудок» бесплатна. Управление: *770#
П о д р о б н о с т и : https://www.megafon.ru/go/s_zam_auto», распространенную 19.06.2019 в 04 часа 37 минут на выделенный телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ПАО «Мегафон» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ПАО «Мегафон» как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы услуги «Замени гудок» посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонентов.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Камчатского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях

Решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.