

ПАО «Мегафон»

Оружейный пер., д. 41,

г. Москва, 127006

msk-public@megafon.ru

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 077/05/18-7507/2020**

«15» июля 2020 г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – <...> ,

членов Комиссии – <...> , <...> ,

рассмотрев дело № 077/05/18-7507/2020, возбужденное по факту распространения посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> рекламы:

«Мы подобрали лучшие фильмы о путешествиях и приключениях для Вас в МегаФон ТВ! Смотрите в своей подборке: "Ешь, молись, люби", "Пляж", "Трудности перевода" и многое другое в отличном качестве, на любом устройстве, офлайн и без рекламы. (18+) Начать просмотр: <http://i.megafon.ru/fxb7h43f3n>», поступившей 10.01.2020 в 20:05, отправитель: «МегаФон», с признаками нарушения части 1 статьи 18

Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ПАО «Мегафон» в лице Попковой О.Л. (по доверенности № 5-217/19 от 13.05.2019),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-7507/2020 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы:

«Мы подобрали лучшие фильмы о путешествиях и приключениях для Вас в МегаФон ТВ! Смотрите в своей подборке: "Ешь, молись, люби", "Пляж", "Трудности перевода" и многое другое в отличном качестве, на любом устройстве, офлайн и без рекламы. (18+) Начать просмотр: <http://i.megafon.ru/fxb7h43f3n>», поступившей 10.01.2020 в 20:05, отправитель: «МегаФон» (в соответствии с детализацией, представленной заявителем и ПАО «Мегафон»).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

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 770601001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем.

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 услугах Мегафон ТВ, 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.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие 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.

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 материалам, абонент не давал свое согласие на получение рассматриваемой рекламы. Более того, заявитель, подавал запрос № 166160525 от 04.02.2019 на отказ от получения рекламы от ПАО «Мегафон».

В соответствии с пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе, рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из материалов дела установлено, что реклама была направлена 10.01.2020, т. е.

после запроса абонента от рекламной рассылки.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективных причинах невозможности выполнить требования заявителя о прекращении распространения на телефонный номер <...> информационных сообщений, в том числе рекламы ПАО «Мегафон», в материалах дела не представлено.

Согласно данным, предоставленным ПАО «Мегафон», абонентский номер закреплен за ПАО «Мегафон».

Исходя из материалов дела, номер <...> был выдан абоненту по договору, заключенному 06.10.2004 между ЗАО «Соник ДУО» и <...> (далее - Договор). Неотъемлемыми частями Договора являются: Условия, тарифный план. При этом ПАО «Мегафон» является универсальным правопреемником ЗАО «Соник ДУО».

ПАО «Мегафон» ссылается на то, что абонент своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану. На момент подписания договора в российском законодательстве отсутствовали какие-либо требования к оператору, обязывающие последнего получать согласие от абонента на СМС-рассылку.

В соответствии с пунктом 14.14.2 Условий Договора абонент соглашается с на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг. При этом, в соответствии с пунктом 14.16 Условий договора, абонент вправе выразить свой отказ от возможности получения рекламы путем предоставления оператору соответствующего письменного уведомления или путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» в информационной карте.

На основании Договора абонент согласен на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений. При этом специальная графа отсутствует на бланке Договора от 06.10.2004.

Комиссия Московского УФАС России проанализировав форму и положения Договора и Заявления приходит к выводу, что данный Договор по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 ГК РФ, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, у потенциального абонента нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

При этом ПАО «Мегафон» ссылается на тот факт, что в форме договора предусматривается возможность отказа от получения рекламы путем письменного уведомления о нежелании получать рекламу.

Однако, в данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор. Подобное положение, по мнению Комиссии, прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т. п.) рекламы.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении договора об оказании услуг связи, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

Более того, как указывалось выше, абонент направлял письмо в ПАО «Мегафон» о нежелании получать рекламу от оператора от 04.02.2019. При этом заявителю все равно поступала реклама от ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение спорной рекламы на номер телефона <...> от отправителя «МегаFon» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламораспространители.

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.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Мегафон» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...>. Данный факт ПАО «Мегафон» не оспаривается.

На основании изложенного, ПАО «Мегафон» является рекламораспространителем рекламы:

«Мы подобрали лучшие фильмы о путешествиях и приключениях для Вас в МегаФон ТВ! Смотрите в своей подборке: "Ешь, молись, люби", "Пляж", "Трудности перевода" и многое другое в отличном качестве, на любом устройстве, офлайн и без рекламы. (18+) Начать просмотр: <http://i.megafon.ru/fxb7h43f3n>», поступившей 10.01.2020 в 20:05, отправитель: «МегаФон».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Мегафон» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Правила), 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.

Согласно пункту 47 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из материалов дела следует, что ПАО «Мегафон» предприняло всевозможные меры по предотвращению распространения нежелательной рекламы на телефонный номер абонента, а именно подключены все возможные услуги, оказываемые ПАО «Мегафон» по распространению СМС-сообщений рекламного характера, а именно: «отказ от СМС рассылок», «Отказ от предложений оператора», «Отказ от предложений партнеров», «отказ от уведомлений оператора в сервисных СМС», что подтверждается скриншотом из билинговой системы оператора.

На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписаний лицу, в чьих действиях установлено нарушение положений Закона о рекламе. При этом, в случае выявления новых фактов распространения ПАО «Мегафон» рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе заявитель не лишен возможности подать в антимонопольный орган новое заявление.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006; ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560,) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> рекламы:

«Мы подобрали лучшие фильмы о путешествиях и приключениях для Вас в МегаФон ТВ! Смотрите в своей подборке: "Ешь, молись, люби", "Пляж", "Трудности перевода" и многое другое в отличном качестве, на любом устройстве, офлайн и без рекламы. (18+) Начать просмотр: <http://i.megafon.ru/fxb7h43f3n>», поступившей 10.01.2020 в 20:05, отправитель: «МегаФон», без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>