

ПАО «Мегафон»
127006, г. Москва, переулок Оружейный, д. 41
email:
ООО «Банк Раунд»
121609, г. Москва, Рублевское ш., д. 28
email:

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 076/05/18-628/2020

«09» сентября 2020 года
Ярославль

г.

Решение изготовлено в полном объеме «23» сентября 2020 года.

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

председатель Комиссии – заместитель руководителя Управления,
члены Комиссии: главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы., специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы,
в присутствии представителей ПАО «Мегафон» и ООО «Банк Раунд», привлеченных к участию в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (по доверенности).

рассмотрев дело № 076/05/18-628/2020, возбужденное по факту распространения рекламного сообщения без согласия абонента по сетям электросвязи с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области поступило обращение Ф.Л. о распространении 04.03.2020 в 14:55 на адрес электронной почты *** с электронной почты *** без согласия заявителя сообщения рекламного характера следующего содержания: «5 сильных способов удивлять. Есть несколько идей к 8 марта. Смотрите подборку, выбирайте подарки и оплачивайте картой Мегафон Банка. И будет вам хорошее настроение и кэшбэк». Заявитель предоставил в Ярославское УФАС России копию заявления на отзыв согласия/блокировку обработки персональных данных ПАО «Мегафон» от 06 июня 2019 года.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Рассмотрев материалы дела, представленные документы и пояснения ПАО «Мегафон» и ООО «Банк Раунд», Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») рекламой является информация, распространяемая 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.

Содержащаяся в смс-сообщении информация обладает вышеперечисленными признаками и, следовательно, является рекламой.

Объектом рекламирования являются услуги Мегафон Банка.

По информации, полученной от ПАО «Мегафон» Ф.Л., владельцу электронной почты ***, был выделен абонентский номер <...> по договору оказания услуг связи № *** от 24.12.2005 г.

Как указывает оператор, 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.

Также ПАО «Мегафон» сообщило, что до настоящего времени абонент, использующий абонентский номер <...> с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора ПАО «Мегафон» не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

ПАО «Мегафон» не представлена копия договора на оказание услуг связи с выделением абонентского номера ***, подтверждающего наличие волеизъявления абонента на получение рекламы.

Кроме того, Ф.Л. предоставил в УФАС России по Ярославской области копию заявления на отзыв согласия/блокировку обработки персональных данных ПАО «Мегафон» от 6 июня 2019 года.

На заседании Комиссии 06.08.2020 года представитель ПАО «Мегафон» заявил ходатайство о привлечении к участию в деле ООО «Банк Раунд» в качестве лица, располагающего сведениями об обстоятельствах дела в связи с тем, что электронный адрес ***, с которого было направлено рекламное сообщение, функционирует для обслуживания и информирования абонентов, являющихся пользователями сервиса Мегафон Банк. ПАО «Мегафон» располагает сведениями о том, что в декабре 2016 года на абонентский номер <...> принадлежащий Заявителю, была подключена услуга «Банковская карта Мегафона».

В соответствии с п. 1.4. Условий оказания услуги «Банковская карта Мегафона», подключая Услугу, Абонент соглашается на получение информации, в том числе рекламного характера, от Оператора и/или Банка с использованием смс-сообщений, электронной почты, почтовой связи, телефонной связи и иных форм рассылок и оповещений. Аналогичные положения содержатся в оферте о выпуске Банковской карты Мегафона ООО «Банк Раунд». Представитель ПАО «Мегафон» пояснил, что отказ Заявителя от получения информации, в том числе рекламного характера, в адрес ПАО «Мегафон» не поступал.

Представитель ПАО «Мегафон» пояснил, что услуги, связанные с организацией и осуществлением расчетов в рамках сервиса Мегафон Банк, оказывает ООО «Банк Раунд» (генеральная лицензия на осуществление банковских операций № 2506 от 14.11.2012 года). Для пользования сервисом Мегафон Банк абонент заключает договор о выпуске Банковской карты Мегафона и осуществлении расчетов с ее использованием с ООО «Банк Раунд».

ООО «Банк Раунд» представило письменные пояснения, в которых указало, что на основании Заявления на выдачу карты (далее - Заявления) 03.12.2016 года между Банком и Ф.Л. (далее - Клиент) был заключен договор № *** и оформлена Банковская карта Мегафона № *** (далее - Карта).

05.07.2018 г. указанный выше Договор с Клиентом был расторгнут в соответствии с п. 9.3. Оферты о выпуске Банковской карты Мегафона и осуществлении расчетов с

ее использованием (далее - Оферта), Карта № *** была заблокирована. При этом, как указывает ООО «Банк Раунд», письменного требования Клиента на отзыв согласия на получение рекламы, предусмотренного п. 8.6. Оферты, до настоящего времени в Банк не поступало.

Доводы и пояснения ООО «Банк Раунд» и ПАО «Мегафон» о наличии в данном случае согласия абонента на получение рекламы, по мнению Комиссии, также являются не состоятельными по следующим основаниям.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Сам факт заключения договора на получение карты Мегафона не подтверждает согласие на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление абонента (или лица, действующего в его интересах) исключительно на получение карты, при этом предусмотренное соглашением автоматически действующее независимо от волеизъявления абонента (или лица, действующего в его интересах) согласие на получение рекламы и порядок заключения договора на получение карты вынуждает его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение смс-сообщений рекламного характера в целях осуществления желаемого заключения договора на получение карты Мегафона.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Конкретные доказательства, подтверждающие наличие добровольного предварительного согласия абонента на получение рекламного сообщения, ООО «Банк Раунд» и ПАО «Мегафон» не представлены.

Нахождение заключения договора на получение карты Мегафона в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по заключению договора на получение карты Мегафона как дачу им своего согласия на получение рекламной рассылки, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимания на не имеющее отношения к заключению договора на получение карты Мегафона условие.

В данном случае возможно отозвать только ранее данное при заключении договора потребительского кредита согласие, при том, что данное заключение договора не могло бы состояться без принятия условий Оферты в целом. Данное обстоятельство также не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Распространение рекламы в данном случае связано с интересами ООО «Банк Раунд» и ПАО «Мегафон», но при этом не должно нарушать права лица, обратившегося за получением карты Мегафона, на добровольное получение

информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной, вопреки воли, рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Аналогичная позиция также содержится в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2016 г. по делу № А82-574/2016.

Следовательно, в данном случае, по мнению Комиссии, согласие на получение рекламного сообщения не было надлежащим образом получено.

На основании изложенного, Комиссией установлено, что указанное сообщение направлено абоненту без его согласия на получение данной

Кроме того, Комиссия Ярославского УФАС России не учитывает довод ООО «Банк Раунд» и ПАО «Мегафон» о том, что отзыв согласия, предусмотренного п. 8.6. Оферты, до настоящего времени в Банк не поступало, так как Ф.Л. предоставил в адрес УФАС России по Ярославской области копию заявления на отзыв согласия/блокировку обработки персональных данных ПАО «Мегафон» от 06 июня 2019 года. В представленном заявителем отзыве согласия указано, что данное согласие было направлено в Северо-Западный филиал ПАО «Мегафон», код салона С37608586, также указано, что данный отзыв согласия принял сотрудник салона ПАО «Мегафон» Ф.Л.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного Комиссия пришла к выводу о том, что рекламодателем рассматриваемой рекламы, нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» является ПАО «Мегафон».

В материалах дела отсутствуют доказательства о прекращении распространения ненадлежащей рекламы, следовательно, Комиссия приходит к выводу о целесообразности выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

Ответственность за нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 4, 37-43 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «5 сильных способов удивлять. Есть несколько идей к 8 марта. Смотрите подборку, выбирайте подарки и оплачивайте картой Мегафон Банка. И будет вам хорошее настроение и кэшбэк», распространенную по сетям электросвязи посредством использования электронной почты, 04.03.2020 в 14 часов 55 минут на адрес электронной почты *** с электронной почты *** без согласия абонента на ее получение, поскольку в данном случае нарушены

требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ПАО «Мегафон» (ИНН: 7812014560, ОГРН: 1027809169585, юридический адрес: 127006, г. Москва, переулок Оружейный, д. 41) предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии: