

ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва,

Оружейный пер., д. 41

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-284/77-18

«05» декабря 2018 года 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 № 3-18-284/77-18, возбужденное в отношении ПАО «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560) по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте, меня зовут Анастасия, компания Мегафон, сотовый оператор. Минуту вашего времени уделите мне? Предлагаю очень выгодное предложение...», поступившей: 24.07.2018 в 13:38 с телефонного номера +7-800-550-05-00 (в соответствии с детализацией связи +7-926-111-05-00), 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 отсутствие представителей ПАО «Мегафон» (надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-284/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте, меня зовут Анастасия, компания Мегафон, сотовый оператор. Минуту вашего времени уделите мне? Предлагаю очень выгодное предложение...», поступившей 24.07.2018 в 13:38 с телефонного номера +7-800-550-05-00 (в соответствии с детализацией связи номера +7-926-111-05-00).

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 770743001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и ПАО «Мегафон».

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 излучение, 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 рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного телефонного звонка.

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.

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.

Данная текстовая информация направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «Мегафон», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Согласно письменным пояснениям ПАО «Мегафон», по абонентскому номеру <...> зафиксировано входящее телефонное соединение 24.07.2018 в 13:38 с телефонного номера +7-926-111-05-00. Абонентский номер <...> -926-111-05-00 выделен контактному центру ПАО «Мегафон».

Установлено, что информация, распространенная посредством отправки телефонного звонка на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста сообщения не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения и на восприятие кого они направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным абонентам.

При этом, сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее абоненту свидетельствует о цели оператора связи привлечения внимания неопределенного круга лиц к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании подключенных к отдельному абоненту услуг, расходов по номеру телефона за определенный период и т. д.

Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (абонентов). Подобная

«клиентоориентированность» и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (абонента) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений.

Кроме того, поскольку посредством сетей электросвязи может направляться не только реклама, но и иные виды информации, следует учитывать, что не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством телефонных звонков, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменения условий исполнения обязательств по предоставлению «базовых» услуг в рамках условий и предмета заключенного договора.

Примерами подобных сообщений может служить информация об изменении стоимости услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана; об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами («Вам звонили», «Узнать баланс», «Я в сети» и т. п.); о нахождении абонента в роуминге (в том числе о пересечении абонентом границы и возможном изменении в порядке списания денежных средств); об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительных услуг за дополнительную плату.

Вместе с тем распространяемая посредством телефонного звонка информация о дополнительных услугах, предлагаемых оператором сотовой связи абонентам, с которыми у них заключен договор на оказание услуг, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования, в особенности — если она является возмездной.

Так, должна относиться к рекламе, в том числе, следующая информация: предложение приобрести за дополнительную плату услугу, связанную с предоставлением «базовых» услуг (например, «Автоответчик», «Голосовая почта», «Черный список», «Автоплатеж»); предложение перейти на другой тарифный план; предложение обратиться на мобильный сервис (портал), в том числе подключение или использование которого не требует внесения разовой или абонентской платы, если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

Более того, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ограничения по распространению рекламы на телефонные номера, СМС-сообщения, адреса электронной почты направлены на соблюдение прав граждан по обеспечению запрета направления в их адрес нежелательной рекламы.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением оператора связи, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

Таким образом, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемый телефонный звонок имеет регулярный характер, направляется не одному абоненту, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение абонента пользоваться услугами оператора связи.

Кроме того не маловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от оператора связи, с которым у абонента заключен соответствующий договор, и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

Иное толкование привело бы к тому, что оператору абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него договорных отношений с абонентом и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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.

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 телефон или адрес электронной почты 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 Высшего Арбитражного Суда 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. 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 рекламодателя.

Согласно представленным материалам, абонент не давал своего согласия на получение рекламы.

ПАО «Мегафон» утверждает, что согласие абонента на получение рекламы было получено при заключении договора об оказании услуг связи между ПАО «Мегафон» и заявителем.

Неотъемлемыми частями договора об оказании услуг связи являются инфокарта, условия оказания услуг связи Мегафон и тарифный план, выбранный абонентом.

В соответствии с пунктом 14.14.2 Условий, подписывая договор, абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг.

Согласно пункту 1 статьи 435 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Согласно пункту 2 статьи 437 ГК РФ, содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта). В соответствии с пунктом 1 статьи 438 ГК РФ, акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным.

При этом, в соответствии с бланком договора на оказание услуг связи ПАО «Мегафон», абонент может только отказаться от получения рекламы по сетям электросвязи.

ПАО «Мегафон» фактически лишает абонента возможности самостоятельной реализации своего права на выражение согласия на получение рекламы, предусмотренного Условиями.

Согласно Условиям договора именно абонент должен осуществлять определенные действия для выражения своего согласия на получение рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение таких условий о даче согласия на получение рекламы при заключении договора на оказание 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 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.

Иных доказательств выраженного абонентом явного согласия на получение рассматриваемой рекламы не представлено.

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 <...> с телефонного номера +7-800-550-05-00 (в соответствии с детализацией связи +7-926-111-05-00) 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, 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.

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

Исходя из вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ПАО «Мегафон», что не оспаривается Обществом.

Резюмируя изложенное, 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, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, 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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Мегафон» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в пунктами 37-42 Правил, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйтесь, меня зовут Анастасия, компания Мегафон, сотовый оператор. Минуту вашего времени уделите мне? Предлагаю очень выгодное предложение...», поступившей: 24.07.2018 в 13:38 с телефонного номера +7-800-550-05-00, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «Мегафон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3

Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>

ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва,

Оружейный пер., д. 41

ПРЕДПИСАНИЕ № 563

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«05» декабря 2018 года г. Москва

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

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

на основании своего Решения по делу № 3-18-284/77-18 о признании ПАО «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйтесь, меня зовут Анастасия, компания Мегафон, сотовый оператор. Минуту вашего времени уделите мне? Предлагаю очень выгодное предложение...», поступившей: 24.07.2018 в 13:38 с телефонного номера +7-800-550-05-00 (в соответствии с детализацией связи +7-926-111-05-00), без предварительного согласия абонента на ее получение,

и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Закона о рекламе, пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1 . ПАО «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560) со дня получения настоящего Предписания прекратить распространение ненадлежащей рекламы <...> по сетям электросвязи, в том числе на телефонный номер <...>, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2 . ПАО «Мегафон» **в трехдневный срок** со дня исполнения настоящего Предписания представить в адрес Московского УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего Предписания.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность, предусмотренную частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Предписание может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его выдачи в Арбитражный суд г. Москвы в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Председатель комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

<...>