

## **РЕШЕНИЕ**

**по делу № 034/05/18-1319/2019**

02 апреля 2020 года Волгоград

Резолютивная часть решения оглашена 24 марта 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области Волгоградского УФАС России (далее – Волгоградское УФАС России или Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии –заместитель руководителя Управления;

член Комиссии –заместитель начальника отдела контроля государственных и муниципальных закупок, недобросовестной конкуренции и рекламы;

член Комиссии –ведущий специалист-эксперт отдела контроля государственных и муниципальных закупок, недобросовестной конкуренции и рекламы;

в отсутствие сторон, извещенных надлежащим образом,

рассмотрев дело № 034/05/18-1319/2019, возбужденное в отношении ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560, адрес: пер. Оружейный, д. 41, г Москва, 127006) по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

### **УСТАНОВИЛА:**

В Волгоградское УФАС России поступило обращение физического лица (вх. № 11142 от 25.11.2019) с жалобой на рекламу по сетям электросвязи без согласия абонента.

Заявитель указал, что он 11 сентября 2019 года в 09:19 получил на свой мобильный телефон 8xxxxxxxxx рекламное SMS-сообщение от абонента с буквенным обозначением МегаFon с текстом *«Скорее в наше приложение, пока все бонусы не разобрали! А еще в нем удоб...»*. К заявлению были приложены скрин экрана телефона с текстом смс, детализированная выписка, подтверждающая поступление указанного сообщения 11.09.2019 в 09:19.

Заявителем также было указано, что 15.08.2019 им было направлено в адрес ПАО «Мегафон» обращение о запрете любой рекламной рассылки, звонков, сообщений, всплывающих окон, других не указанных методов в его адрес от ПАО «Мегафон», компаний-партнеров (получено под роспись представителем ПАО «Мегафон» 15.08.2019).

В Волгоградском УФАС также имеется информация, поступившая ранее от ПАО «Мегафон» в ответ на запрос Волгоградского УФАС России (исх. № 02-3/5800 от 07.08.2019) при рассмотрении другого обращения Г.В.С. (вх. № 7429 от 05.08.2019), о том, что от абонента с номером телефона 8xxxxxxxxx 15 августа 2019 года действительно поступило заявление, содержащее отказ от получения рекламы (исх. № 5/7-07-И6-исх00112/19 от 20.08.2019).

В ответ на запрос Волгоградского УФАС России (исх. № 02-3/8975 от 29.11.2019) о предоставлении информации в том числе:

- обоснование направления абоненту по номеру телефона 8xxxxxxxxxxxxx вышеуказанного рекламного сообщения с учетом направления в адрес ПАО «Мегафон» письменного обращения о запрете рассылки рекламного материала;

- согласие ПАО «Мегафон» на получение абонентом по номеру телефона 8xxxxxxxxxxxxx сообщений рекламного характера;

- информацию о том, кто является абонентом с буквенным обозначением MegaFon с приложением подтверждающих документов,

ПАО «Мегафон» представило информацию о том, что в указанную заявителем дату и время рассматриваемое сообщение абоненту с номером телефона 8xxxxxxxxxxxxx не поступало.

В рабочем порядке с представителем компании «Мегафон» было уточнено, что указанное в запросе рекламное сообщение поступило заявителю в иное время, отличное от указанного в заявлении. Помимо этого ПАО «Мегафон» был направлен в адрес Волгоградского УФАС России дополнительный ответ на запрос исх. № 02-3/8975 от 29.11.2019, в котором было указано, что указанный в запросе номер отправителя относится к оператору связи ПАО «Мегафон».

Также было пояснено, что по рассмотрению обращения Г.В.С. относительно требования прекращения распространения рекламной информации на его абонентский номер были установлены следующие запреты: от предложений Партнеров в SMS, MMS, от баннерной рекламы партнеров.

При этом одновременно оператор связи указал, что *отказ от рассылки оператора подразумевает собой подключение услуги «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail»*. Данный сервис позволяет установить запрет на рассылки от оператора рекламного характера, где отправителем является Мегафон. От заявителя не поступало заявление о подключении данной услуги, в связи с чем сообщение от оператора связи было направлено сообщением 11.09.2019.

Таким образом, в ходе рассмотрения заявления гражданина было установлено, что ему поступило рекламное сообщение о дополнительных услугах оператора связи уже после направления в адрес ПАО «Мегафон» отказа от рассылки рекламы, в том числе от ПАО «Мегафон».

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 (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Кроме того согласно ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»

рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Рассматриваемое сообщение поступило заявителю после направления в адрес оператора связи «Мегафон» письменного отказа от получения рекламных сообщений.

Таким образом, действия ПАО «Мегафон» содержат признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение ст. 18 Закона о рекламе ответственность несет рекламораспространитель.

Пунктом 7 ст. 3 Закона о рекламе установлено, что рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем с учетом имеющейся информации выступило ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560, адрес: пер. Оружейный, д. 41, г Москва, 127006).

В соответствии с п.п. 3-4 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В случае распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, только на территории, подведомственной одному территориальному органу Федеральной антимонопольной службы, дела возбуждаются и рассматриваются по месту распространения такой рекламы.

В целях соблюдения п. 3, 5 правил рассмотрения антимонопольными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утверждены постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508), Волгоградским УФАС России адрес в ФАС России было направлено ходатайство о наделении Волгоградского УФАС России полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела о нарушении законодательства о рекламе в отношении ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560, адрес: пер. Оружейный, д. 41, г

Москва, 127006) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения 11 сентября 2019 года в 09:19 абоненту с номером телефона 8xxxxxxx с текстом: «Скорее в наше приложение, пока все бонусы не разобрали! А еще в нем удоб...» (исх. № 05-2/9324 от 13.12.2019).

В ответ на данное ходатайство ФАС России направило в адрес Волгоградского УФАС письмо о наделении полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту распространения рекламы услуг ПАО «Мегафон» посредством указанного смс-сообщения (вх. № АК/111959/19 от 20.12.2019).

**Волгоградским УФАС России определением от 25 декабря 2019 года в отношении ПАО «Мегафон» возбуждено дело № 034/05/18-1319/2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.**

На заседание Комиссии 21 января 2020 года от ПАО «Мегафон» поступили письменные объяснения, согласно которым заявителю на его обращение о запрете любой рекламной рассылки, звонков, сообщений, всплывающих окон, других не указанных методов в его адрес от ПАО «Мегафон», компаний-партнеров был дан ответ о том, что на номер его телефона подключены следующие слуги: Запрет от предложений Партнеров в SMS, MMS; Запрет от баннерной рекламы партнеров. Во избежание нежелательных входящих звонков было рекомендовано подключить услугу «Черный список» (вх. 385 от 21.01.2020).

Также в пояснениях было отмечено, что отказ от рассылки оператора подразумевает собой подключение услуги «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail». Данный сервис позволяет установить запрет на рассылки от оператора *рекламного* характера по каналам SMS, MMS, E-mail, где отправителем является Мегафон. Данная услуга в рамках обращения абонента от 15.08.2019 не подключалась в отсутствие волеизъявления абонента на подключение каких-либо дополнительных услуг, в связи с чем рассматриваемое в деле рекламное сообщение от оператора связи было направлено заявителю.

Определением от 21.01.2020 рассмотрение дела было отложено на 06.02.2020. У ПАО «Мегафон» запрашивалась следующая информация о документах: полный текст сообщения, рассматриваемого по делу № 034/05/18-1319/2019, направленного заявителю; информация о приложении, о котором идет речь в сообщении, условия пользования и подключения данного приложения; условия начисления бонусов, указанных в сообщении; в случае, если распространяемая в рассматриваемом деле в сообщении информация является обязательной для распространения (доведения до потребителя), было необходимо указать соответствующие основания (с приложением подтверждающих документов); информация о причине не подключения заявителю услуги «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail», в то время как по результатам рассмотрения его обращения о запрете любой рекламной рассылки, звонков, сообщений, всплывающих окон, других не указанных методов в его адрес от ПАО «Мегафон», компаний-партнеров, услуга «Запрет от предложений Партнеров в SMS, MMS», «Запрет от баннерной рекламы партнеров» была подключена заявителю; подробная информация о порядке подключения услуги «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail», включая информацию о стоимости указанной услуги.

На заседание Комиссии 06 февраля 2020 года от ПАО «Мегафон» поступили письменные объяснения, согласно которым был представлен полный текст направленного заявителю смс-сообщения: «Скорее в наше приложение; пока все бонусы не разобрали! А еще в нем удобно: Проверять баланс и расходы Менять тариф; подключать и отключать опции Управлять сразу несколькими номерами зайти в приложение (0+): <https://lk.megafon.ru/inapp/main>» (вх. № 856 от 05.02.2020).

Также в пояснениях было отмечено, что указанные в сообщении скидки и подарки предоставляются в зависимости от потребностей конкретного абонента, т.е. после скачивания и установки приложения «Личный кабинет». Личный кабинет - это одна из систем самообслуживания Абонента. Благодаря Личному кабинету «МегаФон» можно получать справочную информацию о состоянии своего баланса, зачислять платежи, заказывать детализацию, управлять услугами и выбирать оптимальные тарифные планы и условия обслуживания, не приезжая в Салон Связи «МегаФон» и не обращаясь в Контактный центр. Вход в Личный кабинет (просмотр информации) возможен при любом балансе лицевого счета (положительном и отрицательном).

Наряду с личным обращением абонента к оператору в салоне связи, а также звонками в справочную службу оператора, личный кабинет является дополнительным способом взаимодействия абонента с оператором, в том числе по претензиям, подключению дополнительных услуг или смене тарифного плана. Сервис «Личный кабинет» предоставляется бесплатно.

В пояснениях было также повторно указано, что отказ от рассылки оператора подразумевает собой подключение услуги «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail». Данный сервис позволяет установить запрет на рассылки от оператора *рекламного* характера, где отправителем является Мегафон.

Данная услуга в рамках обращения заявителя от 15.08.2019 не подключалась в отсутствие волеизъявления абонента на подключение каких-либо дополнительных услуг, в связи с чем сообщение от оператора связи было направлено сообщение 11.09.2019.

Помимо этого, в пояснениях была представлена графическая информация об услуге отказа от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail.

В связи с необходимостью получения дополнительной информации от ПАО «Мегафон» определением от 06.02.2020 рассмотрение дела было отложено на 13 марта 2020 года. Указанным определением от ПАО «Мегафон» повторно истребовалась следующая информация: условия начисления бонусов, указанных в рассматриваемом в деле сообщении; мотивированная позиция относительно того, является ли распространяемая в рассматриваемом деле в сообщении информация обязательной для распространения (доведения до потребителя), было необходимо указать соответствующие основания (с приложением подтверждающих документов).

13 марта 2020 года представитель ПАО «Мегафон» пояснил, что личный кабинет абонента ПАО «Мегафон» предусмотрен в целях упрощения взаимодействия между оператором связи и абонентом, позволяя оперативно взаимодействовать посредством электронного сервиса. Данный сервис является бесплатным.

Относительно системы начисления бонусов было пояснено, что они начисляются в

зависимости от объема потребленных абонентом услуг, предоставляемых оператором, то есть фактически является персональным предложением для каждого абонента.

ПАО «Мегафон» считает, что направленное заявителю *сообщение не является рекламным, а лишь информационным, содержание которого является обязательным для доведения оператором связи до абонента.* Также абонент мог узнать о представляемом приложении оператора без получения данного сообщения, например, на сайте ПАО «Мегафон».

Кроме того, было отмечено, что механизм отказа от рассылки именно информационных сообщений оператора подразумевает собой подключение услуги «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail».

Ввиду отсутствия кворума для рассмотрения дела № 034/05/5-1319/2020 дело было отложено на 24 марта 2020 года. Определением от 13.03.2020 у ПАО «Мегафон» запрашивались дополнительные пояснения относительно представленной позиции о том, что рассматриваемое сообщение не является рекламой, в том числе с указанием конкретных нормативно-правовых актов, на основании которых эта информация является обязательной для распространения (доведения до потребителя) оператором связи.

17.03.2020 от ПАО «Мегафон» поступили письменные пояснения (вх. № 2481), в которых в том числе указано, что согласно пп. «б» п. 113 правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 (далее – правила оказания услуг связи), *оператор связи обязан информировать абонента об изменении перечня услуг подвижной связи и иных услуг, технологически неразрывно связанных с услугами подвижной связи и направленных на повышение их потребительской ценности, оказываемых абоненту путем направления абоненту короткого текстового сообщения.*

Так же было указано, что ПАО «Мегафон» считает направленное заявителю сообщение о сервисе «Личный кабинет» информационным поскольку направляется абоненту с целью информирования о дополнительном способе взаимодействия с оператором связи.

Заявитель ни на одно из заседаний комиссии не являлся, запрашиваемую информацию, а также дополнительные пояснения и уточнения не представлял.

Комиссия Волгоградского УФАС России, изучив материалы дела, а также оценив устные и письменные пояснения лиц, участвующих в деле, установила следующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 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.

Согласно пп. 2 ч. 2 ст. 2 Закона о рекламе не является рекламой информация, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом.

Согласно положениям Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» услуги связи оказываются операторами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключенного в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи (часть 1 статьи 44).

Часть 2 и 3 ст. 44 Закона о связи закрепляет, что правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации. Правилами оказания услуг связи регламентируются взаимоотношения пользователей услугами связи и операторов связи при заключении и исполнении договора об оказании услуг связи, порядок идентификации пользователей услугами связи по передаче данных и предоставлению доступа к информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» и используемого ими оконечного оборудования, а также порядок и основания приостановления оказания услуг связи по договору и расторжения такого договора, особенности оказания услуг связи, права и обязанности операторов связи и пользователей услугами связи, форма и порядок расчетов за оказанные услуги связи, порядок предъявления и рассмотрения жалоб, претензий пользователей услугами связи, ответственность сторон.

Пунктом 23 правил оказания услуг связи к существенным условиям договора на оказание услуг телефонной связи отнесены: абонентский номер или уникальный код идентификации; перечень оказываемых услуг; система оплаты услуг; порядок, сроки и форма расчетов.

В силу пункта 7 правил оказания услуг связи оказание услуг телефонной связи может сопровождаться предоставлением оператором связи иных услуг, технологически неразрывно связанных с услугами телефонной связи и направленных на повышение их потребительской ценности, при соблюдении требований, предусмотренных законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Перечень таких услуг определяется оператором связи.

Оператор связи предоставляет бесплатно и круглосуточно следующие информационно-справочные услуги: информацию о тарифах на услуги телефонной связи, о состоянии лицевого счета абонента, в том числе о задолженности по оплате услуг телефонной связи, о зоне обслуживания своей сети связи; оператор связи обязан: по требованию абонента или пользователя предоставлять дополнительную информацию, связанную с оказанием услуг телефонной связи, извещать абонента об изменении действующих тарифов на услуги подвижной связи, а также об изменении перечня оказываемых абоненту услуг подвижной связи и иных услуг, технологически неразрывно связанных с услугами подвижной связи и направленных на повышение их потребительской ценности (пункты 12, 24, 113 правил оказания услуг связи).

Согласно пп. «б» п. 113 правил оказания услуг связи *оператор связи обязан информировать абонента об изменении перечня услуг подвижной связи и иных услуг, технологически неразрывно связанных с услугами подвижной связи и направленных на повышение их потребительской ценности, оказываемых абоненту, путем направления абоненту короткого текстового сообщения.*

Личный кабинет абонента «Мегафон» является системой, с помощью которой абонент «Мегафона» имеет возможность оперативно взаимодействовать с оператором по вопросам оказания услуг связи, не посещая салоны связи

«Мегафон».

Сервис «Личный кабинет» оператора связи «Мегафон» является продуктом компании ПАО «Мегафон», который не обязателен для установки на мобильном телефоне, не влияет на услуги оператора сотовой связи, предоставляемые абоненту оператором, однако делает взаимодействие с оператором связи более доступным, оперативным и удобным.

Комиссия приходит к выводу, что сервис «личный кабинет» является технологически неразрывно связанным с услугами телефонной связи, использование данного сервиса повышает потребительскую ценность услуг подвижной связи.

Комиссия при этом учитывает, что доступ в указанный сервис доступен абоненту при любом балансе абонента (в том числе отрицательном), сам сервис бесплатный и не подразумевает дополнительных расходов абонента, таким образом информация о возможности установки сервиса «Личный кабинет» сама по себе не продвигает дополнительных платных услуг оператора.

Исходя из содержания пункта 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Закона о рекламе» не может быть квалифицирована в качестве рекламы информация, которая хотя и отвечает перечисленным критериям, однако обязательна к размещению в силу закона или размещается, в силу обычая делового оборота.

По мнению ФАС России, изложенному в письме ФАС России от 13.06.2013 № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС-сообщений оператора связи», не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством СМС-сообщений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменении условий исполнения обязательств по предоставлению «базовых» услуг в рамках условий и предмета заключенного договора, в частности: об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами.

Комиссия Волгоградского УФАС России, оценив имеющиеся материалы дела, а также проанализировав положения законодательства РФ, приходит к выводу, что рассматриваемое сообщение, направленное заявителю не является рекламным. Соответственно, признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в действиях ПАО «Мегафон» отсутствуют.

Правилами в подп. «а» п. 36 предусмотрено, что производство по делу может быть прекращено в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь подп. «а» п. 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

**РЕШИЛА:**

Производство по делу № 034/05/18-1319/2019 прекратить.



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