

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-595/2024

16 июля 2024 года
город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 055/05/18-595/2024 по признакам нарушения публичным акционерным обществом «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, далее – ПАО «Мегафон», Общество) требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя, извещенного надлежащим образом,

при участии посредством видео-конференц-связи представителя ПАО «Мегафон» <...> (Доверенность № 5-282/23 от 22.08.2023)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России обратился гражданин <...> по факту поступления 11.04.2024 в 14:38 час. на принадлежащий ему абонентский номер <...> от абонента, имеющего обозначение «**ClubMed**», смс-сообщения рекламного характера: «*Азия по-европейски с ClubMed, где все включено: - 15% до 30.04 <...>*».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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 - это 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Вышеуказанная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку распространена по сетям электросвязи и направлена на привлечение внимания к туристическим услугам.

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы.

На запрос Омского УФАС России ПАО «Мегафон» 31.05.2024 представлена информация, согласно которой «...В соответствии с п. 1 ст. 44 ФЗ «О связи» на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на

основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи МегаФон (далее - «Условия») и тарифный план, выбранный Абонентом.

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.

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

В соответствии с п. 14.16 Условий Абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи Оператора, следующими способами:

- путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления;
- путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» в информационной карте;
- путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий с использованием Идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать Абонента и установить его волеизъявление при наличии технической возможности Оператора.

Абонентский номер <...> действительно выделен физическому лицу <...> на основании договора на оказание услуг связи № 271291966 от 06.08.2023.

Однако **инфокарта данного договора в архиве не сохранилась и не может быть предоставлена**. Вместе с тем, факт заключения и исполнения договора между Оператором и заявителем подтверждается оказанием услуг Оператором и их использованием, и оплатой Заявителем в течение длительного времени и сторонами не оспаривается.

Вместе с тем, согласно информационно-биллинговой системе (далее - ИБС) Оператора, сертифицированной в соответствии с требованиями ст. 41 ФЗ «О связи», в разделе договора о выражении согласия с его условиями, абонентом не выражен отказ на получение рекламы при использовании услуг и сведений об абоненте, запреты не установлены...

...На момент направления рассматриваемого СМС-сообщения (11.04.2024 в 14:38) Абонент, использующий абонентский номер <...>, с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

Направление рекламного сообщения осуществлялось Оператором в рамках оказания услуги «МегаФон.Таргет» по заказу ООО «КАВА» (<...>). Условия оказания услуги «МегаФон.Таргет» опубликованы на официальном сайте оператора www.megafon.ru.

Рассылка была произведена среди абонентов ПАО «МегаФон», предоставивших оператору согласие на получение рекламы, в т. ч. третьих лиц.

Поскольку абонент, использующий абонентский номер <...>, абонентом не был выражен отказ на получение рекламы при использовании услуг, указанное в запросе смс-сообщение было направлено с его согласия.

Сообщаем, что отдельной от договора формы согласия на получение рекламных материалов

не предусмотрено. Выгруженный из ИБС Оператора бланк договора (инфокарты), включая блок о согласии с условиями договора, прилагался к настоящим пояснениям...

... Также просим принять во внимание комиссии, что **Абонентом установлены отказы от получения рекламных сообщений 07.06.2024 г.**, т.е. после получения рекламного СМС-сообщения. Указанные действия абонента подтверждают наличие согласия на получения рекламных сообщений до 07.06.2024 г».

Аналогичная информация изложена Обществом в пояснениях от 12.07.2024 и поддержана представителем на заседании Комиссии 16.07.2024.

31.05.2024 в адрес Омского УФАС России также представлен типовой бланк договора об оказании услуг (инфокарта) № 271291966 от 06.08.2023, заключенного между <...> и ПАО «Мегафон» (далее – Договор).

В ходе анализа указанной в Договоре информации установлено, что в разделе «Согласие с условиями Договора» абонентом номера <...> не был выражен отказ *«на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий»*.

Вместе с тем, указанный **бланк Договора не содержит собственноручную подпись <...>**.

Довод ПАО «Мегафон» относительно того, что *«согласно информационно-биллинговой системе Оператора в разделе договора о выражении согласия с его условиями, абонентом не выражен отказ на получение рекламы при использовании услуг и сведений об абоненте, запреты не установлены»* не может рассматриваться в качестве доказательства надлежащего согласия заявителя на получение рекламы от ПАО «Мегафон» или иных лиц, поскольку сведения в указанную систему вносятся сотрудниками ПАО «Мегафон» (иными лицами).

В части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» установлено, что 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 именно **на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.**

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» указано, что согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Буквальное толкование указанного положения позволяет сделать вывод о том, что на распространение рекламы должно быть получено согласие абонента, а обязанность доказывания наличия такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Учитывая, что согласие заявителя <...> на получение рекламы от ПАО «Мегафон» (третьих лиц) в адрес Омского УФАС России не представлено, следовательно, действия ПАО «Мегафон» при распространении 11.04.2024 в 14:38 час. в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) смс-сообщения рекламного характера нарушают требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской

Федерации.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определения, данного в пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ПАО «Мегафон» является рекламораспространителем.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Определением Омского УФАС России от 18.06.2024 в отношении ПАО «Мегафон» возбуждено дело № 055/05/18-595/2024 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Рассмотрев материалы дела, пояснения ПАО «Мегафон», Комиссия решила признать действия ПАО «Мегафон» нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении 11.04.2024 в 14:38 час. в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) смс-сообщения рекламного характера.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

В силу пункта 1 части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая пояснения ПАО «Мегафон» от 12.07.2024 относительно того, что «установлены отказы от получения рекламных сообщений 07.06.2024», Комиссией Омского УФАС России сделан вывод о нецелесообразности выдачи ПАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585), выразившиеся в распространении 11.04.2024 в 14:38 час. в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) от абонента, имеющего обозначение «**ClubMed**», смс-сообщения рекламного характера: «Азия по-европейски с ClubMed, где все включено: - 15% до 30.04 <...>», нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».
2. Предписание ПАО «Мегафон» о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 17 июля 2024 года.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>