РЕШЕНИЕ

«20» сентября 2021г. г. Кемерово

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

Заместителя председателя Комиссии:	<…> - временно исполняющей обязанности руководителя управления;
Членов Комиссии:	<…> - начальника отдела рекламы и недобросовестной конкуренции,
	<…> - ведущего специалиста-эксперта отдела рекламы и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/18-1497/2021, возбужденное в отношении публичного акционерного общества «Мегафон» (далее – ПАО «Мегафон», юридический адрес: 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, ОГРН 1027809169585, Дата присвоения ОГРН 15.07.2002, ИНН 7812014560, КПП 770701001) по признакам нарушения частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <…> (исх. от 11.06.2021, вх. от 15.06.2021 № 4285э).

Из заявления следует, что 20.03.2021 <…> обратился в адрес ПАО «Мегафон» посредством электронного письма по адресу help@megafon.ru с требованием о возврате денежных средств по тарифу, а также об отключении рекламы по смс и ussd- сообщениям по абонентскому номеру <…>.

Из заявления также следует, что изначально реклама была отключена, вместе с тем, 13.05.2021 в 10 часов 59 минут при наборе команды «звездочка 100 решетка» заявителю поступила реклама в виде ussd - сообщения следующего содержания: «Антивирус для 3 устройств. Подключить за 7 р/д *238#».

Частью 1 статьи 18 ФЗ «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 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.

В соответствии с частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

16.08.2021 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-1497/2021 в отношении ПАО «Мегафон» и назначено к рассмотрению на 20.09.2021 на 11 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ПАО «Мегафон» заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

20.09.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя по доверенности ПАО «Мегафон» (исх. от 16.09.2021), из которых следует, что статьей 44 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 – ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «О связи») установлено, что 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. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации.

Взаимоотношения пользователей услугами связи и операторов связи при заключении и исполнении договора об оказании услуг подвижной радиотелефонной связи регламентируется Правилами оказания услуг телефонной связи, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342.

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

Согласно пункту 14.17 условий абонент обязан ознакомиться с условиями, зоной обслуживания сети связи оператора, перечнем возможных услуг и тарифами на услуги дол нала пользования услугами.

В соответствии с пунктом 7 правил № 1342 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 самостоятельно.

ПАО «Мегафон» всем абонентам предоставляет возможность воспользоваться дополнительными услугами на возмездной и безвозмездной основе, исходя из их потребностей. Информацию обо всех оказываемых услугах можно получить на официальном сайте Оператора, в любом офисе продаж и обслуживания абонентов ПАО «Мегафон», по телефонам круглосуточной единой информационно – справочной службы.

В соответствии с пунктом 47 Правил № 1342 изменение договора оформляется путем заключения дополнительного соглашения в письменной форме либо путем совершения абонентом конклюдентных действий, перечень и порядок осуществления которых определяются договором.

В соответствии с пунктами 6.1, 7.3 Условий перечень услуг, предоставляемых абоненту, определяется тарифным планом и дополнительными заказами абонента, поданными в форме, предусмотренной Условиями, или дополнительно определенными оператором способами. В случаях, определенных оператором, абонент имеет возможность вносить платежи и изменения в набор услуг, а также изменять другие условия договора с помощью технических и/или электронных средство и другими способами с использованием идентификаторов, подтверждающих, что распоряжение дано абонентом.

Правилами № 1342 на оператора возлагается обязанность бесплатно и круглосуточно предоставлять абонентам справочную информацию о состоянии лицевого счета абонента, в том числе о задолженности по оплате услуг телефонной связи (пункт 12 Правил). При этом способы предоставления такой информации оператор определяет самостоятельно.

В целях исполнения указанной обязанности ПАО «Мегафон» установило несколько альтернативных способов предоставления абоненту информации о состоянии лицевого счета ,в том числе:

-ussd – запрос *100#;

-ussd – запрос *105# (сервис Личный кабинет);

-голосовой автоинформатор 0501;

-смс – запрос 000100.

Все возможные способы получения информации о состоянии баланса лицевого счета являются бесплатными, предоставляются круглосуточно, указаны на официальном сайте ПАО «Мегафон», что является надлежащим уведомлением абонентов об услуге и порядке ее оказания. В случае, если абонент не желает получать рекламу оператора и/или третьих лиц, у него есть несколько альтернативных способов получения информации о состоянии баланса своего лицевого счета.

Также абонент имеет возможность получить информацию о состоянии баланса своего лицевого счета при обращении в салоны связи «Мегафон» и в приложении «Личный кабинет».

До сведения заявления в ответ на его обращения сотрудниками контактного центра и салонов связи неоднократно доводилась информация об альтернативных способах получения информации о балансе лицевого счета без рекламы, которыми он не воспользовался.

Абонент, направив запрос *100#, воспользовался услугой своими активными действиями и в своем интересе. С учетом имеющихся альтернатив, направление абонентом именно ussd – запроса *100#, с учетом позиции ВАС РФ, изложенной в пункте 15 Пленума, является надлежащим согласием на получение рекламы.

Также ПАО «Мегафон» сообщает, что у абонента установлен запрос на получение рекламы.

По факту нарушения требований части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», для

установления нарушения необходимо установить факт распространения рекламы по сети электросвязи без участия человека, то есть абонентский номер, на который распространяется реклама, должен быть выбран и/или набран без участия человека. В данном случае выбор номер был произведен с участием человека (сотрудника ПАО «Мегафон»), что и привело в результате к технической ошибке. В случае применения средств автоматического обзвона/рассылки такого рода технические ошибки исключены.

В данном случае выборка абонентов для доведения информации производится сотрудниками подразделения ПАО «Мегафон». Специалист непосредственно определяет основные критерии, которыми должен обладать абонент для получения сообщения. По выбранным критериям определяется перечень абонентских номеров, на которые совершаются рассылки.

Таким образом, информация доводится до сведения заранее известного круга лиц, то есть со стороны ПАО «Мегафон» не нарушаются требования ФЗ «О рекламе».

20.09.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1497/2021 в отсутствие представителя ПАО «Мегафон», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <…> (исх. от 11.06.2021, вх. от 15.06.2021 № 4285э).

Из заявления следует, что 20.03.2021 <…> обратился в адрес ПАО «Мегафон» посредством электронного письма по адресу help@megafon.ru с требованием о возврате денежных средств по тарифу, а также об отключении рекламы по смс и ussd- сообщениям по абонентскому номеру <…>.

Из заявления также следует, что изначально реклама была отключена, вместе с тем, 13.05.2021 в 10 часов 59 минут при наборе команды «звездочка 100 решетка» заявителю поступила реклама в виде ussd - сообщения следующего содержания: «Антивирус для 3 устройств. Подключить за 7 р/д *238#».

В соответствии с письмом ФАС России от 25.06.2013 № АК/24455/13 «О рекламных смс – сообщениях», согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «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.

В данной норме под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Частью 6 статьи 45 ФЗ «О связи» установлено, что абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Заявителем в адрес Кемеровского УФАС России представлена электронная переписка с оператором связи ПАО «Мегафон» (электронный адрес help@megafon.ru) с требованием об отключении рекламы по смс и ussd-сообщениям, вместе с тем, после данного обращения 13.05.2021 заявителю поступило рекламное ussd- сообщение от ПАО «Мегафон».

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

В соответствии с письмом ФАС России от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в случае поступления в адрес абонента USSD-сообщений, содержащих рекламу, в ответ на отправку таким абонентом USSD-запроса баланса, антимонопольным органам целесообразно принять во внимание следующее.

USSD (Unstructured Supplementary Service Data) - представляет собой технологию в сетях электросвязи (сетях GSM), которая обеспечивает обмен информацией между мобильным устройством абонента и программно-аппаратным комплексом (сервисным приложением) оператора связи в режиме реального времени. Для инициализации обмена информацией посредством сервиса USSD абонент отправляет со своего мобильного устройства специальный сервисный код (USSD-запрос), например, код запроса баланса, в ответ на который программно-аппаратный комплекс оператора связи в автоматическом режиме, то есть без участия человека, направляет абоненту сообщение с определенной оператором связи информацией, например, содержащей сведения о балансе абонента.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «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 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.

В соответствии с частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

Следовательно, распространение ПАО «Мегафон» рекламы без согласия абонента <…> посредством USSD - сообщения, содержит признаки нарушения частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частями 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ПАО «Мегафон».

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать публичное акционерное общество «Мегафон» (юридический адрес: 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, ОГРН 1027809169585, Дата присвоения ОГРН 15.07.2002, ИНН 7812014560, КПП 770701001) нарушившим требования частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством USSD - сообщения на абонентский номер <…>.

2. Предписание не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения.

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

Решение изготовлено в полном объеме «01» октября 2021 года.

Решение может быть обжаловано в порядке, предусмотренном статьей 37 ФЗ «О рекламе».