

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-6009/2022

Резолютивная часть решения оглашена «21» июня 2022 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: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-6009/2022, возбужденное в отношении ПАО «Мегафон», ООО «Спорт Сооружение Балашиха» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Бассейн 25 м+Фитнес 24ч+СПА Гидромассажный бассейн 50 групповых занятий в неделю. Начните сегодня со скидкой 50 %...», поступившей 16.02.2022 в 12:09 от отправителя «fitness СССР»,

в отсутствие представителей ООО «Спорт Сооружение Балашиха», ПАО «Мегафон» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-6009/2022 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон», ООО «Спорт Сооружение Балашиха» на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Бассейн 25 м+Фитнес 24ч+СПА Гидромассажный бассейн 50 групповых занятий в неделю. Начните сегодня со скидкой 50 %...», поступившего 16.02.2022 в 12:09 от отправителя: «fitness СССР».

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.

Согласно материалам дела № 077/05/18-6009/2022 спорное СМС-сообщение на номер телефона +7(926)903-505-71 поступило 29.04.2021 в 16.02.2022 в 12:09 от отправителя: «fitness СССР».

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотами экрана, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской, представленной заявителем.

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

При этом в случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщённый характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица.

В материалы дела не представлены доказательства, свидетельствующие о распространении рассматриваемой информации исключительно в адрес одного лица — заявителя. Сам по себе текст СМС-сообщений не содержит сведений, позволяющих говорить о персональной направленности спорных СМС-сообщений.

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.

Исходя из текста СМС-сообщений, в которых содержится предложение получить услуги фитнес-клуба, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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

Таким образом, информация, распространенная посредством направления СМС-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и способна формировать интерес у широкого круга лица; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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 адрес электронной почты или телефон 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 рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал.

Относительно направления спорного СМС-сообщения ПАО «Мегафон» сообщило следующее.

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.

ПАО «Мегафон» сообщило, что в соответствии с пунктом 14.14.2 Условий, подписывая договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг. В соответствии с пунктом 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.

ПАО «Мегафон» также сообщило, что до настоящего времени 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. Используемая ПАО «МегаФон» форма получения согласия абонента на получение рекламы была предметом оценки при рассмотрении дел судами различных инстанций и признана надлежащей (Определение Верховного Суда РФ № 309-КГ17-22298 от 12.02.2018 по делу № А60-63378/2016).

Рассмотрев и изучив представленные в материалы дела материалы и сведения, Комиссия Московского УФАС полагает необходимым установить следующее.

В материалы дела представлен Договор об оказании услуг, заключенный между абонентом и ПАО «Мегафон». Установлено, что в последнем абзаце Договора «Согласие с условиями Договора» содержится условие, что Абонент подтверждает, ознакомлен и согласен с Условиями оказания Услуг связи (далее - Условия), условиями выбранного Тарифного плана и иными частями Договора (пунктами Условий). Также установлено, что напротив пункта «Я согласен на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий» в «чек-боксе» «не согласен» абонентом не проставлены никакие отметки.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что в пункте 14.14.2 Условий содержится следующая информация: «Подписывая Договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании Услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об Абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг Оператора и третьих лиц (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи».

Иными словами, подписывая Договор, абонент соглашается получать рекламу товаров, работ, услуг не только Оператора (ПАО «Мегафон»), но и рекламу товаров, работ, услуг третьих лиц. При этом Комиссией Московского УФАС России установлено, что перечень третьих лиц, рекламная информация о которых может направляться абоненту, в Условиях отсутствует, а равно в Условиях отсутствует информация об опубликовании такого перечня в сети Интернет или в иных источниках. Следовательно, заключая Договор об оказании услуг связи и соглашаясь на получение рекламы при заключении Договора, у абонента отсутствует информация о том, рекламная информация о чьих товарах, работах и услугах поступит на его телефонный номер, а равно абонент не представляется очевидным, кого следует считать «третьими лицами».

В данном случае объектом рекламирования выступают услуги ООО «Спорт Сооружение Балашиха». Вместе с тем, как заявитель, так и другой абонент, заключивший Договор об оказании услуг связи с ПАО «Мегафон», согласившиеся на получение рекламы, не были осведомлены о том, что именно ООО «Спорт Сооружение Балашиха» является одним из «третьих лиц», рекламная информация о товарах, работах и услугах которого может быть им направлена согласно пункту 14.14.2 Условий.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии надлежаще выраженного согласия абонента

телефонного номера <...> на получение рекламного СМС-сообщения.

Вместе с тем, Комиссия Московского УФАС России отмечает, что если бы в данном случае заявителю поступила бы реклама о товарах, работах, услугах ПАО «Мегафон», согласие на получение рекламы было бы надлежащим.

Также Комиссия Московского УФАС России обращает внимание на пункт 14.14.3, в котором содержится следующая информация: «Перечень третьих лиц, которые по поручению Оператора осуществляют обработку персональных данных Абонента-гражданина, а также перечень действий с персональными данными, на совершение которых дается согласие, общее описание используемых оператором обработки персональных данных способов обработки персональных данных опубликован на сайте Оператора www.megafon.ru». Комиссия Московского УФАС России отмечает, что если бы в Условиях содержалась информация о перечне третьих лиц, рекламная информация о товарах, работах, услугах которых может направляться абоненту, согласие на получение рекламы также признавалось бы надлежащим.

Позиция антимонопольного органа о том, что согласие на рекламу должно быть получено от абонента именно первоначальным распространителем, а не любым лицом из цепочки рекламодателей, в том числе оператором связи, подтверждается судебной практикой (например, решение арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-210576/2017). Данный вывод также актуален для получения рекламы любым рекламодателем из цепочки, но при надлежащем информировании абонента (владельца телефонного номера) на рекламу каких товаров (работ, услуг) он дает свое согласие, что в данном случае отсутствовало.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама посредством СМС-сообщения: «Бассейн 25 м+Фитнес 24ч+СПА Гидромассажный бассейн 50 групповых занятий в неделю. Начните сегодня со скидкой 50 %...», поступившего 16.02.2022 в 12:09 от отправителя: «fitness СССР» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

В ответ на запрос Московского УФАС России ПАО «МегаФон» сообщило, что направление спорного СМС-сообщения осуществлялось ПАО «МегаФон» в рамках оказания услуги «МегаФон Таргет» по заказу ООО «Спорт Сооружение Балашиха».

Условия оказания услуги «МегаФон.Таргет» опубликованы на официальном сайте оператора www.megafon.ru. Рассылка сообщения осуществлялась по базе ПАО «МегаФон». При отправке накладывалось условие/критерий «наличие «таргет согласия», то есть СМС-сообщения направлялись только абонентам, которые согласились на рассылку рекламных смс сообщений 16.02.2022 в 12:09 было отправлено СМС-сообщение от отправителя ООО «Спорт Сооружение Балашиха». Рассылка была произведена среди абонентов ПАО «МегаФон», предоставивших оператору согласие на получение рекламы, в т.ч. третьих лиц.

Исходя из материалов дела № 077/05/18-6009/2022 следует, что рассматриваемое рекламное СМС-сообщение распространялось исключительно ПАО «МегаФон». Документально подтвержденной информации об участии иных лиц в распространении рекламных СМС-сообщений в материалы дела не представлено.

Таким образом, в данном конкретном случае распространителем рассматриваемых СМС-сообщений является ПАО «МегаФон», а ООО «Спорт Сооружение Балашиха» с учетом установленных обстоятельств признается в данном случае заинтересованным лицом, поскольку непосредственного участия в процессе направления СМС-сообщений рекламного характера не участвовало.

На основании изложенного ПАО «МегаФон» является рекламодателем рекламы следующего содержания:

«Бассейн 25 м+Фитнес 24ч+СПА Гидромассажный бассейн 50 групповых занятий в неделю. Начните сегодня со скидкой 50 %...», поступившего

16.02.2022 в 12:09 от отправителя: «fitness СССР».

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон» уставлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения: «Бассейн 25 м+Фитнес 24ч+СПА Гидромассажный бассейн 50 групповых занятий в неделю. Начните сегодня со скидкой 50 %...», поступившего 16.02.2022 в 12:09 от отправителя: «fitness СССР».

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года № 1922 (далее — Правила), 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.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

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 размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Мегафон» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения: «Бассейн 25 м+Фитнес 24ч+СПА Гидромассажный бассейн 50 групповых занятий в неделю. Начните сегодня со скидкой 50 %...», поступившего 16.02.2022 в 12:09 от отправителя: «fitness СССР», выразившегося в распространении рекламы посредством использования электросвязи 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.

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

Председатель Комиссии

<...>a

Члены Комиссии

<...>a

<...>a