

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 3-01/01-2018

февраля 2018 года г. Пенза, ул. Урицкого, 127

публичная часть решения объявлена 20 февраля 2018 года.

Комиссия Пензенского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

рассмотрев дело № 3-01/01-2018, возбужденное в отношении ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

на основании:

заявления – Х...,

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

Пензенское УФАС 20.12.2017 вх. №3541-э поступило обращение абонента ПАО «Мегафон» Х... по вопросу распространения рекламы, приходящей на номера телефонов +7..., +7... посредством смс-сообщений. Заявитель согласился на распространение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер, оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Пензенским УФАС России определением от 25.01.2018 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/01-2018 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе». К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585). На заседании Комиссии 20.02.2018 заявитель поддержал доводы, изложенные в заявлении.

Представитель ПАО «Мегафон» на заседании Комиссии сообщил, что действия по заключению договора с абонентом Х... осуществлены сотрудником уполномоченного представителя ПАО «Мегафон» - ОАО «Мегафон Ритейл» (далее – ОАЭР) в рамках исполнения обязательств по Генеральному Дилерскому соглашению №2 от 01.02.2015. Сотрудник дилера, осуществлявший заключение договора с абонентом, по ошибке не отметил в информационно-биллинговой базе Оператора связи отказ абонента от рекламных рассылок, в связи с чем абонент Х... и получил рекламные смс-сообщения. Со стороны управляющего оператора связи ОАО «Мегафон Ритейл» не был осуществлен должный контроль за действиями сотрудников по внесению сведений в ИБС оператора. У ПАО «Мегафон» не имеется возможности проконтролировать правильность заключения

звора с каждым абонентом и полностью исключить нарушения сотрудниками
ера порядка заключения договоров с абонентами и правильность занесения
ных о заключенном договоре в ИБС оператора.

результате рассмотрения Заявления по существу и изучения дополнительно
анных доказательств установлено следующее.

абонентские номера заявителя +7... и +7... в сети оператора услуг связи ПАО
гафон» поступили смс-сообщения следующего содержания:

аграда за исключительную преданность для 7... –ШАНС выиграть 5 МЛН
лей! Отправьте ДА! или любое sms на 3313 СЕЙЧАС (до 31.10.17) и выиграйте!
р/день. Инфо like.megaфон.ru и 0100 (беспл.) Ваш Мегафон». Дата и время
упления сообщения: 08.07.2017 в 13:18;

..., вы верите в удачу? Проверьте ее в игре от Мегафона и выиграйте до 5 000
Сегодня 09.09.17 отправьте ДА или любое SMS на 2017 (до 31.10.17).

имость: 12 руб./д. Подробнее: like.megaфон.ru и 0100 (беспл.). Дата и время
упления сообщения: 09.09.2017 в 12:47.

ответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является информация,
пространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых
дств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на
влечение внимания к объекту рекламирования, формирование или
держание интереса к нему и его продвижение на рынке. При этом под
эктом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации,
товитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности
о мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.
асно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона
ельзуются следующие основные понятия: товар – продукт деятельности (в том
е работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного
чения в оборот.

неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть
анее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной
зоны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта
ламирования.

ым образом, под рекламой понимается определенная
эрсонифицированная информация, направленная на продвижение
еделенного объекта рекламирования, даже если она направляется по
еделенному адресному списку.

счет одновременного информирования большого количества людей реклама
оляет ознакомить потребителей с товарами, услугами, реализуемыми на
ке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно
элить определенные организации, товары и услуги из всего существующего
а.

здя из текста сообщений, в котором содержится информация о розыгрыше,
зодимом ПАО «Мегафон», за дополнительную плату, Комиссия приходит к
зду, что рассматриваемая информация направлена на привлечение внимания
энциального потребителя к объекту рекламирования- розыгрышу.

ым образом, информация, распространенная посредством отправки на
ера телефонов +7..., +7..., отвечает всем признакам рекламы:
пространена посредством смс-сообщений; адресована неопределенному

у лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования. Ответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, симильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при звии предварительного согласия абонента или адресата на получение ламы. При этом реклама признается распространенной без дварительного согласия абонента или адресата, если ламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. ламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение ламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или есатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или эфон поступило соответствующее рекламное сообщение.

ласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его нтификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от ретного рекламораспространителя.

еральным законом № 272-ФЗ от 21.07.2014 «О внесении изменений в еральный закон «О связи» в статью 2 Федерального закона «О связи» введено тие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой мается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений бщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной едовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача нентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не тветствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, едача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с странскими операторами связи.

кольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, рая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие сылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного актера.

этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с льзованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану эрации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором жсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (с льзованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые матически.

тья 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливает порядок цествления рассылки.

тветственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений ламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также матических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 ерального закона «О связи».

асно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети зижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии чления предварительного согласия абонента, выраженного посредством эршения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и оляющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

сылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, и 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.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка сообщений по подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

При рассмотрении дела установлено, что телефонные номера 7..., +7... принадлежали абоненту Х... на основании договоров о предоставлении услуг связи с оператором «Мегафон».

Согласно информации, представленной ПАО «Мегафон», направление смс-сообщений осуществлялось Оператором в рамках проводимой инициативы «Короткие номера», организатором которой является ПАО «Мегафон». Короткие номера «3313», «2017» принадлежат и используются ПАО «Мегафон» для осуществления рассылки.

Из представленных в материалы дела документов, от 01.02.2015 ПАО «Мегафон» (Оператор) заключило с ОАО «Мегафон Ритейл» (Дилер) генеральное соглашение №2. В соответствии с условиями данного Соглашения Оператор от имени и в интересах Оператора совершает действия по заключению и исполнению Договора об оказании услуг связи, а также по перенесению номера на условиях Приложений к настоящему Соглашению и по утвержденным Оператором типовым формам и в соответствии с тарифами на оказание услуг связи Оператора, а также дополнительные соглашения к указанным договорам, уведомления и иные документы, связанные с использованием указанных договоров, а также по приему предоплаты за услуги связи, вносимой Абонентами (физическими и юридическими лицами) при заключении Договора (с последующим перечислением таких средств на счет Оператора), в порядке и на условиях, определяемых Приложением 1 к настоящему Соглашению, принимать заявления и документы от абонентов Оператора на осуществление следующих действий: блокировка номера / возобновление оказания услуг связи, замена номера абонента, замена SIM-карты, смена паспортных данных, смена адреса регистрации, смена Ф.И.О., перенос ошибочных платежей, включение/отключение услуг, смена тарифных планов, а также оформление и расторжение Договора об оказании услуг связи с абонентами Оператора и на иные действия, связанные с обслуживанием абонентов; подписывать договоры купли-продажи мобильных телефонов, модемов, иных логических устройств, а также комплектующих к ним (оборудование связи), по утвержденным типовым формам, без права их изменения.

Содержание Соглашения в совокупности с пояснениями ПАО «Мегафон» позволяет сделать вывод о том, что ОАО «Мегафон Ритейл» (Дилер) не оказывает услуги по рассылке смс-сообщений абонентам.

Действия, направленные на доведение рекламы до потребителей, в том числе формирование списка адресатов, осуществлялись ПАО «Мегафон».

основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по средству доведения смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены ПАО «Мегафон», а также то, что Общество было осведомлено относительно содержания передаваемых сообщений, в данном случае имеются основания считать ПАО «Мегафон» рекламодателем в понимании части 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе».

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором оказания услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламодатель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС 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, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого оператора рекламы.

Согласно толкованию указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно представленным материалам, абонент не давал свое согласие на получение рассматриваемой рекламы.

В ходе рассмотрения настоящего дела Заявитель представил в Пензенское УФАС России договоры об оказании услуг связи с ПАО «Мегафон», из которых следует, что согласие на получение рекламы он не давал (в графе «не согласен» стоит галочка).

ПАО «Мегафон» не представлены доказательства того, что им в процессе смс-передачи с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента указанных телефонов +7..., +7... на получение смс-сообщений.

Таким образом, реклама распространялась посредством использования мобильной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Указанные смс-сообщения были направлены ПАО «Мегафон» с коротких номеров «3», «2017» на абонентские номера +7..., +7... в нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии с частью 38 названного закона несет рекламодатель (часть 7 статьи

3 «О рекламе»).

ответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «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 содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Судом по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лица, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламодателя – ПАО «Мегафон».

Рекламодатель обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Судом, учитывая вышеизложенное, Комиссия считает действия ПАО «Мегафон» по распространению на телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, нарушающими пункт 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не отвечающая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения принимает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное нарушение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Судом по делу в материалах дела отсутствуют доказательства прекращения распространения смс-сообщений абоненту ПАО «Мегафон» Х...

Судом, учитывая изложенное, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

Судом по делу в соответствии с частью 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламодателями, производителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Судом по делу в соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения принимает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное

в нарушение предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Ссылаясь на часть 2 пункта 1 статьи 33, часть 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

Признать ненадлежащей рекламу, распространяемую 08.07.2017 в 13:18 и 09.07.2017 в 12:47 ПАО «Мегафон» по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента Х... на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Наказать ПАО «Мегафон» предписанием о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

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

Судебное обжалование изготовлено в полном объеме 26 февраля 2018 года.

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