

ПАО «Мегафон»

115035, г. Москва,
Кадашевская наб., д. 30

РЕШЕНИЕ

«29» ноября 2016 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 – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – А.А. Устиновой, В.Н. Никитухиной,

рассмотрев дело № 3-18-242/77-16, возбужденное по факту распространения посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> рекламы:

«Игры 2в1 по 150р: Война в небе и Ночная битва, Гонки, ралли в городе, TubbyBirds и Мочи кротов, Тесты на любовь. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.05.2016 в 14:21, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Черепашки-ниндзя, Охота на зомби, Гонки на выживание, Сыр и мыши и Лови мышонка, Пузырьки 2в1. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.06.2016 в 14:35, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Дом с привидениями, Нелегальные гонки, Танчики, СуперПес и ПесОбжора, Тесты на любовь и верность. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 11.07.2016 в 13:48, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Олимпийские мини-игры и Олимп.снайпер, Сбрось босса! И Тест на обаяние, Тюнинг тачек и гонки. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 04.08.2016 в 12:43, отправитель: 5016,

с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие представителя ПАО «Мегафон» (надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-242/77-16 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений рекламы:

«Игры 2в1 по 150р: Война в небе и Ночная битва, Гонки, ралли в городе, TubbyBirds и Мочи кротов, Тесты на любовь. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.05.2016 в 14:21, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Черепашки-ниндзя, Охота на зомби, Гонки на выживание, Сыр и мыши и Лови мышонка, Пузырьки 2в1. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.06.2016 в 14:35, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Дом с привидениями, Нелегальные гонки, Танчики, СуперПес и ПесОбжора, Тесты на любовь и верность. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 11.07.2016 в 13:48, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Олимпийские мини-игры и Олимп.снайпер, Сбрось босса! И Тест на обаяние, Тюнинг тачек и гонки. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 04.08.2016 в 12:43, отправитель: 5016.

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.

ПАО «Мегафон» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770601001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем (вх. № 32213 от 05.08.2016).

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 - любые излучения, 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 распространенного смс-сообщения.

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.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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 сообщений, в котором содержится информация об условиях розыгрышей призов, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона<...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 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 рекламораспространителя. 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 представленным материалам, абонент не давал свое согласие на получение рассматриваемой рекламы.

В соответствии с пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе, рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно данным, предоставленным ПАО «Мегафон», абонентский номер <...>, на которое поступило смс-сообщение, закреплен за ПАО «Мегафон».

Исходя из материалов дела, номер +7-926-457-15-71 был выдан абоненту по договору об оказании услуг радиотелефонной связи, заключенному 21.05.2007 с ЗАО «Соник Дуо» (далее - Договор). Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи (далее - Условия) и тарифный план.

В инфокарте, в Условиях предоставления услуг сотовой связи ЗАО «Соник Дуо», представленной ПАО «Мегафон», не содержится положений, по которым абонент соглашается на весь срок действия Договора на получение рекламы.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц, ЗАО «Соник Дуо» прекратило свою деятельность путем реорганизации в форме присоединения к ПАО «Мегафон».

В связи с этим, ПАО «Мегафон» ссылается на то, что в настоящее время отношения между абонентами и оператором регулируются, в том числе, Условиями оказания услуг связи ПАО «Мегафон». В соответствии с пунктом 14.14.2 Условий, абонент соглашается на весь срок действия Договора 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 в абонентом с помощью средств связи.

К доводам ПАО «Мегафон» Комиссия Московского УФАС относится критически по причине того, что абонент соглашался с Условиями ЗАО «Соник Дуо» и условия оказания услуг связи ПАО «Мегафон» не могут регулировать отношения, связанные с Договором.

Помимо этого, согласно пункту 1.2 Условий, условия устанавливаются оператором самостоятельно, являются публичной офертой и могут быть приняты физическим лицом не иначе как путем присоединения к Условиям в целом.

В соответствии с пунктом 1 статьи 435 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Согласно пункту 2 статьи 437 ГК РФ, содержащее все существенные

условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта).

В соответствии с пунктом 1 статьи 438 ГК РФ, акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным.

Исходя из вышеизложенного, принимая условия оказания услуг связи, абонент фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении договора на оказание услуг связи, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

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

Таким образом, распространение спорной рекламы на номер телефона <...> от отправителя «5016» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

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

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

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

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Мегафон» осуществил распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...>. Данный факт ПАО «Мегафон» не оспаривается.

На основании изложенного, ПАО «Мегафон» является рекламодателем рекламы:

«Игры 2в1 по 150р: Война в небе и Ночная битва, Гонки, ралли в городе, TubbyBirds и Мочи кротов, Тесты на любовь. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.05.2016 в 14:21, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Черепашки-ниндзя, Охота на зомби, Гонки на выживание, Сыр и мыши и Лови мышонка, Пузырьки 2в1. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.06.2016 в 14:35, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Дом с привидениями, Нелегальные гонки, Танчики, СуперПес и ПесОбжора, Тесты на любовь и верность. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 11.07.2016 в 13:48, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Олимпийские мини-игры и Олимп.снайпер, Сбрось босса! И Тест на обаяние, Тюнинг тачек и гонки. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 04.08.2016 в 12:43, отправитель: 5016.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Мегафон» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, 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» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламароспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорные сообщения были распространены 09.05.2016, 09.06.2016, 11.07.2016, 04.08.2016.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае не истек.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Мегафон» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...>

«Игры 2в1 по 150р: Война в небе и Ночная битва, Гонки, ралли в городе, TubbyBirds и Мочи кротов, Тесты на любовь. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.05.2016 в 14:21, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Черепашки-ниндзя, Охота на зомби, Гонки на выживание, Сыр и мыши и Лови мышонка, Пузырьки 2в1. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 09.06.2016 в 14:35, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Дом с привидениями, Нелегальные гонки, Танчики, СуперПес и ПесОбжора, Тесты на любовь и верность. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 11.07.2016 в 13:48, отправитель: 5016;

«Игры 2в1 по 150р: Олимпийские мини-игры и Олимп.снайпер, Сбрось

босса! И Тест на обаяние, Тюнинг тачек и гонки. ИнфоSMS на 5016 за 0р», поступившей 04.08.2016 в 12:43, отправитель: 5016.0 (беспл.) Ваш Мегафон.», поступившей 08.04.2016 в 13:19, отправитель: 2016».

2. Выдать ПАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

А.А. Устинова

В.Н. Никитухина

Исполнитель: Устинова А.А.,
8 (495) 784-75-05. (доб. 154)