



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ**

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о прекращении производства по делу № 36

13 апреля 2017 года

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе (Приказ Свердловского УФАС России № 68 от 20 февраля 2017 г.) в составе:

<...> – заместитель руководителя Управления, председатель Комиссии,

<...> – заместитель начальника отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией, член Комиссии,

<...> – специалист-эксперт отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией, член Комиссии,

в присутствии лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства:

- ПАО «МегаФон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН 7812014560, юридический адрес: 115035, г. Москва, Набережная Кадашевская, д.30) - представитель – <...> (по доверенности от 16.06.2016 № 5-70/16),

в отсутствие заявителя – <...> (извещен),

рассматривая в рамках Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, далее – Правила рассмотрения дел) дело № 36, возбужденное по признакам нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 36 по признакам нарушения рекламного законодательства было возбуждено в отношении ПАО «МегаФон» Определением от 09.03.2017 и назначено к рассмотрению на 13.04.2017.

Основанием для возбуждения дела, согласно п. 3.25 Правил рассмотрения дел, явилось выявление антимонопольным органом признаков нарушения по результатам рассмотрения заявления <...> (вх. № 01-2365 от 10.02.2017).

В своем заявлении <...> указал, что 09.02.2017 в 15:51 с номера «3313» на его абонентский номер <...> рекламного SMS-сообщения: «*Это sms-ВАШЕ преимущество от МегаФон! Сегодня 09.02.17 Вы можете выиграть 15000 рублей и 5 000 000 рублей в финале! Отправьте ДА! Или любое sms на 3313 СЕЙЧАС (до 31.10.17)! 12 р./день. Инфо like.megafon.ru и 0100 (беспл.) Ваш МегаФон*», согласия на получение которого заявитель не давал.

ПАО «МегаФон» в письменном пояснении (вх. № 01-5897 от 07.04.2017) и представителями в заседании Комиссии сообщено следующее: короткий номер «3313» используется ПАО «МегаФон» для собственных рассылок. При осуществлении указанных рассылок ПАО «МегаФон» используются списки абонентов, отказавшихся от получения рекламы. Указанные лица исключаются из перечня адресатов рассылки.

Согласно данным информационно-биллинговой системы ПАО «МегаФон», имеющей сертификат соответствия, на абонентском номере <...> 09.02.2017 в 15:51 ч. зафиксировано входящее SMS-сообщение с номера «3313» следующего содержания: «*Это sms - Ваше преимущество от МегаФон! Сегодня 09.02.2017 Вы можете выиграть 15 000 рублей и 5 000 000 рублей в финале! Отправьте ДА! Или любое sms на 3313 СЕЙЧАС (до 31.10.17)! 12/p/день. Инфо like.megafon.ru и 0100 (беспл) Ваш МегаФон.*».

ПАО «МегаФон» указывает, что направление указанного в запросе рекламного сообщения осуществлялось Оператором в рамках проводимой викторины «Счастливые SMS», организатором которой является ПАО «МегаФон». Подробная информация о данном мероприятии, правила участия в викторине размещены на сайте: <http://like.megafon.ru/>. Рекламная кампания проводилась на федеральном уровне, т.е. смс-рассылка проводилась на территории всех субъектов РФ в период с 07-11.02.2017.

Также ПАО «МегаФон» дополнительно сообщил, что 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 «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» утверждает, что заявление, содержащее отказ от получения рекламы, от лица, использующего абонентский номер <...>, поступило в адрес Оператора лишь 25.02.2017.

До указанной даты Абонент каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал, заявлений не подавал. Таким образом, смс-сообщение 09.02.2017 было направлено абоненту с его согласия, полученного при заключении договора.

Вместе с тем ПАО «МегаФон» поясняет следующее: как указал Верховный Суд Российской Федерации в решении от 06.04.2010 № ГКПИ10-63, каждый оператор связи устанавливает свои правила оказания услуг связи, являющиеся неотъемлемой частью договора. Заключая договор, абонент принимает условия, установленные этими правилами.

Согласно правовой позиции ВАС РФ (п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»), закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, юридически значимыми в рассматриваемом случае являются три обстоятельства:

- наличие согласия, выраженного в любой форме;

- возможность идентификации лица, дающего согласие;
- возможность идентификации рекламораспространителя.

Все обстоятельства полностью раскрыты ПАО «МегаФон» в Договоре, заключенном с Абонентом.

Абоненту в любой момент времени в период действия договора, предоставляется право выбора - согласиться на получение рекламы при использовании услуг связи либо отказаться от них одним из вышеуказанных способов. При этом возможность заключения договора и оказания услуг не ставится в зависимость от получения указанного согласия.

В ходе неоднократных проверок деятельности в различных регионах по аналогичным обращениям абонентов территориальные органы ФАС России приходили к однозначному выводу о полном соответствии действий Закона о рекламе в части процедуры и формы получения согласия абонентов на распространение рекламы, в связи с чем производства по делам о нарушении законодательства о рекламе были прекращены:

- Постановление УФАС по Московской области о прекращении дела № 08-28/А1132-14 об административном правонарушении от 17.03.2015,
- Постановление УФАС по Московской области о прекращении дела № 08-28/А404-15 об административном правонарушении от 25.11.2015,
- Определение УФАС по Забайкальскому краю о прекращении производства по делу № 30 от 15.01.2015,
- Определение УФАС по Забайкальскому краю о прекращении производства по делу № 41 от 19.02.2015,
- Определение УФАС по Ростовской области о прекращении производства по делу № 1687/04 от 23.10.2014,
- Определение УФАС по Ростовской области о прекращении производства по делу № 187/04 от 24.04.2013,
- Определение УФАС по Рязанской области по делу № 106/2012-Р от 19.06.2012,
- Определение УФАС по Республике Хакасия о прекращении производства по делу № 107-Р-14 от 16.12.2014.

В соответствии с Положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным Постановлением Правительства РФ № 331 от 30.06.2004, указанный государственный орган является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в сфере контроля за соблюдением законодательства о рекламе, осуществляющим свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы. Согласно данному Положению Федеральная антимонопольная служба обобщает и анализирует практику применения законодательства Российской Федерации в установленной сфере деятельности, разрабатывает рекомендации по применению антимонопольного законодательства. Таким образом, ФАС является единой федеральной структурой, реализующей единую политику на всей территории РФ.

Как следствие, реализуемые указанным государственным органом правовые подходы к толкованию положений действующего федерального законодательства РФ и требования к субъектам, осуществляющим предпринимательскую деятельность на территории РФ должны быть едины и не отличаться в зависимости от того или иного территориального органа ФАС.

Изложенная позиция также подтверждается судебной практикой:

- Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 28.10.2015 по делу № А38- 1323/2015: *«подписав договор об оказании услуг связи, абонент подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи «МегаФон»,*
- Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 02.03.2015 по делу № А54- 2709/2014,

- Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 15.01.2015 по делу № А82- 9521/2014: «ОАО «МегаФон» на момент осуществления рекламной рассылки объективно располагало согласием абонента на получение рекламы, которое не было отозвано на момент получения рекламного сообщения. Аргументы антимонопольного органа об отсутствии согласия Б. на получение рекламных сообщений, а также об отсутствии возможности отказа от получения рекламы опровергаются материалами дела».

Суды общей юрисдикции при оценке применяемого способа получения согласия абонента на получение рекламы также приходили к выводу об отсутствии нарушений законодательства (например, решение Савеловского районного суда г. Москвы от 30.03.2016 по делу № 2-2175/16).

На основании вышеизложенного, ПАО «МегаФон» считает, что действия Общества полностью соответствующими ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лица, участвующего в деле Комиссия пришла к следующим выводам:

Целями ФЗ «О рекламе» являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст.1 ФЗ «О рекламе»).

Реклама – 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 (п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

ПАО «МегаФон» распространило 09.02.2017 в 15:51 с номера «3313» на абонентский номер <...> рекламного SMS-сообщения: «*Это sms-ВАШЕ преимущество от МегаФон! Сегодня 09.02.17 Вы можете выиграть 15000 рублей и 5 000 000 рублей в финале! Отправьте ДА! Или любое sms на 3313 СЕЙЧАС (до 31.10.17)! 12 р./день. Инфо like.megafon.ru и 0100 (беспл.) Ваш МегаФон.*».

В соответствии с ч. 1 ст. 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 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 п. 22.1 ст. 2 и ст. 44.1 ФЗ «О связи», рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи – автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если 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.

Рассылка 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.

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, Государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос», органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации.

ПАО «МегаФон» в материалы дела представлена копия Договора на оказание услуг связи от 06.09.2010 № TMR027-305 заключенным с <...>.

Исследовав представленное доказательство, Комиссия установила, что при подписании договора <...> дал согласие на получение рекламы ПАО «МегаФон» при пользовании Услугами связи ПАО «МегаФон».

Соответствующее окно, в котором абонент может выразить свое нежелание получать рекламу не заполнено.

Таким образом, 09.02.2017 в 15:51 при распространении рекламы ПАО «Мегафон» ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» не была нарушена, поскольку направление смс-сообщения ПАО «Мегафон» осуществлялось с предварительно полученного согласия абонента на получение рекламы.

Руководствуясь абз. 1 п. 36 Правил рассмотрения дел, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 36 в отношении ПАО «Мегафон» по признакам нарушения ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» прекратить ввиду неподтверждения в ходе рассмотрения дела фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>