

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-8583/2019

«30» октября 2019 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) в составе:

председателя Комиссии – <...>а,

членов Комиссии – <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-8583/2019 по признакам нарушения ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «Только до 15 декабря Фитнес+бассейн+подарки с ежемесячной оплатой 2100 рублей/месяц. Активация карты когда удобно. Бронь: 84951202611», поступившей 13.12.2018 в 09:03 от отправителя OblakaFit, в отсутствие предварительного согласия абонента,

в отсутствие представителей ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-8583/2019 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» на основании обращения физического лица и материалов по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «Только до 15 декабря Фитнес+бассейн+подарки с ежемесячной оплатой 2100 рублей/месяц. Активация карты когда удобно. Бронь: 84951202611», поступившей 13.12.2018 в 09:03 от отправителя OblakaFit, в отсутствие предварительного согласия абонента.

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» (место нахождения: 127006, г. Москва, Оружейный пер., д. 41) 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 770701001.

ООО «Суперфит» (место нахождения: Гагарина ул., д. 23, эт. 2, пом. 14,

комн. 41, с. Николо-Урюпино, г. Красногорск, обл. Московская, 143421) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.08.2016 за основным государственным регистрационным номером 1165024056977; ИНН 5024167826, КПП 502401001.

Каждое из указанных юридических лиц является действующим, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Поступление указанного рекламного сообщения на номер телефона <...> подтверждается снимком экрана, содержащего текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и ПАО «Мегафон».

Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...> подтверждается материалами и сведениями, представленными ПАО «Мегафон», и не оспаривается лицами, участвующими в деле.

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 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 распространенных СМС-сообщений.

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 материалы 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 сообщения, в котором содержится информация о возможности оформления карты в фитнес-клуб со скидкой, 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 <...> СМС-сообщения, 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 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 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, 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение спорной рекламы ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» он не давал.

ПАО «Мегафон» и заявителем представлена копия договора на оказание услуг связи № VIN006-45154 от 29.12.2011, заключенного между ПАО «Мегафон» и заявителем, в соответствии с которым при подписании данного договора заявитель согласился на получение рекламы при использовании услуг связи. При этом в договоре имелось место для проставления галочки, в случае несогласия абонента с этим пунктом договора. В связи с изложенным, по мнению ПАО «Мегафон» рассматриваемое смс-сообщение распространено с соблюдением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, так как при заключении абонентского договора заявитель согласился с условиями оказания услуг «Мегафон связи», которые в пункте 14.14.2 содержат положение о согласии абонента на получение рекламы при использовании услуг связи, и каких-либо заявлений об отзыве соответствующего согласия в ПАО «Мегафон» не направлял.

Между тем Комиссией отмечается, что исходя из понимания части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а также самой цели данной нормы, согласие должно быть получено распространителем рекламы. Учитывая специфику распространения смс-сообщений посредством множества последовательно заключенных договоров, такое согласие должно быть получено распространителем на направление абоненту рекламы определенных товаров (работ, услуг) или определенного лица.

Наличие согласия у конечного распространителя без указания на конкретный объект рекламирования, не является надлежащим, так как из такого согласия не может следовать волеизъявление лица на получение рекламы об определенном объекте рекламирования от определенного лица.

Данный правовой подход полностью соответствует требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что абонент при согласии на получение рекламы выражает свое желание получать только определенную информацию, а не любую рекламу по желанию третьих лиц.

При получении согласия оператором связи такое согласие может распространяться исключительно на рекламу услуг данного оператора связи и иных обозначенных лиц, но не на рекламу неопределенного круга лиц.

В противном случае абонент может быть поставлен в положение, в котором он не в состоянии контролировать информацию, в том числе рекламную, поступающую на его телефонный номер, что прямо противоречит части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Таким образом, в настоящем случае абонент должен был согласиться на получение рекламы именно об услугах фитнес-клуба ООО «Суперфит», а его контрагент убедиться в наличии такого согласия при исполнении нижеуказанного договора. Установлено, что такое согласие у распространителя отсутствовало, обратного сторонами по делу не представлено.

Также не могут быть приняты доводы о том, что Заявитель не был ограничен в возможности отозвать свое согласие на получение рекламы, в том числе путем проставления «галочки» в соответствующем поле договора., в виде следующего.

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.

Следовательно для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи.

Между тем, лица, участвующие в деле № 077/05/18-8583/2019, подменяют возможность абонента дать свое согласие на возможность такое согласие отозвать при отсутствии желания получать рекламу. При этом само по себе выраженное согласие на получение рассматриваемой рекламы Заявителем в рамках дела № 077/05/18-8583/2019 не доказано.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» в материалы дела № 077/05/18-8583/2019 не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о

согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Приведенный довод также доказывает вину всех лиц, участвующих в распространении рассматриваемой рекламы, так как в случае проявления надлежащей осмотрительности и проверки наличия либо отсутствия согласия абонента на получение рекламы, было бы выявлено, что согласие абонента отсутствует. А равно распространения ненадлежащей рекламы можно было бы избежать в случае исполнения всеми субъектами своих обязанностей, предусмотренным как законодательством Российской Федерации так и договорами.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы от заявителя не представлено.

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

Таким образом, распространение на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «Только до 15 декабря Фитнес+бассейн+подарки с ежемесячной оплатой 2100 рублей/месяц. Активация карты когда удобно. Бронь: 84951202611», поступившей 13.12.2018 в 09:03 от отправителя OblakaFit, 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 рекламодатель и распространитель.

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.

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

Из материалов дела № 077/05/18-8583/2019 следует, что указанная реклама распространялась ПАО «Мегафон» в рамках оказания услуги «Мегафон.Таргет» по заказу ООО «Суперфит».

Согласно Условиям оказания услуги «Мегафон таргет», размещенными на сайте в сети «Интернет» по адресу: target.megafon.ru, услуга «МегаФон Таргет» (услуга) – деятельность оператора по направлению сообщений, содержащих рекламно-информационных материалов (далее — РИМ) корпоративного клиента, от корпоративного клиента до оборудования связи

оператора, а также деятельность оператора по размещению РИМ корпоративного клиента среди абонентов иных операторов связи России в каналах коммуникации.

Согласно пункту 5.11 Условий оказания услуги «Мегафон таргет» корпоративный клиент до размещения РИМ среди конечных получателей из перечня абонентских номеров/адресов электронной почты корпоративного клиента обязан получить согласие конечного получателя на получение РИМ посредством SMS/MMS-сообщений, электронных сообщений в мессенджере Viber, сообщений электронной почты от корпоративного клиента.

Согласно пункту 5.12 Условий оказания услуги «Мегафон таргет» использование услуги корпоративным клиентом для размещения РИМ среди конечных получателей из перечня абонентских номеров/адресов электронной почты корпоративного клиента означает наличие у корпоративного клиента согласия конечного получателя на получение РИМ посредством соответствующего канала коммуникации от корпоративного клиента. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством соответствующего канала коммуникации от корпоративного клиента, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер/адрес электронной почты, по которому конечный получатель дал согласие на получение РИМ через соответствующий канал коммуникации. Абонентский номер, по которому конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS/MMS-сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом (например: +7 (9XX) XXX –XX –XX).

Согласно пункту 5.14 Условий оказания услуги «Мегафон таргет» в случае неподтверждения либо отзыва согласия конечного получателя на получение РИМ посредством соответствующего канала коммуникации от корпоративного клиента корпоративный клиент обязуется прекратить направление РИМ посредством такого канала коммуникации конечному получателю, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо об отзыве согласия корпоративному клиенту от оператора.

Исходя из анализа вышеуказанных положений Условий оказания услуги «Мегафон таргет» представляется возможным сделать вывод о том, что распространение СМС-сообщения осуществляется путем их передачи от ООО «Суперфит» к ПАО «Мегафон», в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи СМС-сообщения конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанного сообщения невозможным.

Согласно статье 309 ГК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и

требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям Условий оказания услуги «Мегафон таргет» и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке СМС-сообщений рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлена повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче СМС-сообщений, в том числе, рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 ГК РФ предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли, осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, ввиду имеющих договорных правоотношений ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми

последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату - заявителю. В случае отсутствия последовательности выше установленных действий ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщения до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Таким образом ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» являются распространителями рекламы: «Только до 15 декабря Фитнес+бассейн+подарки с ежемесячной оплатой 2100 рублей/месяц. Активация карты когда удобно. Бронь: 84951202611», поступившей 13.12.2018 в 09:03 от отправителя OblakaFit.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, не законной по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы: «Только до 15 декабря Фитнес+бассейн+подарки с ежемесячной оплатой 2100 рублей/месяц. Активация карты когда удобно. Бронь: 84951202611», поступившей 13.12.2018 в 09:03 от отправителя OblakaFit, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «Мегафон», ООО «Суперфит» не представлено.

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», ООО «Суперфит» предписаний 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 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», ООО «Суперфит» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «Только до 15 декабря Фитнес+бассейн+подарки с ежемесячной оплатой 2100 рублей/мес. Активация карты когда удобно. Бронь: 84951202611», поступившей 13.12.2018 в 09:03 от отправителя OblakaFit, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>a

<...>a