

**РЕШЕНИЕ**

по делу № 033/05/18-626/2019

Решение в полном объеме изготовлено 8 августа 2019 года  
Резолютивная часть оглашена 6 августа 2019 г.

г. Владимир

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области (далее – Владимирское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

«\_\_\_\_\_» – председатель Комиссии (врио руководителя Владимирского УФАС России),

«\_\_\_\_\_» – член Комиссии (главный специалист – эксперт отдела контроля торгов и недобросовестной конкуренции),

«\_\_\_\_\_» – член Комиссии (ведущий специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и органов власти),

в присутствии заявителя – «\_\_\_\_\_»,

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

- представителя ПАО «Мегафон» «\_\_\_\_\_», действующей на основании доверенности № 5-218/19 от 30.04.2019г.,

рассмотрев дело № 033/05/18-626/2019, возбужденное по признакам нарушения требований ч.1 ст. 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 «О рекламе» (далее- ФЗ «О рекламе») по факту поступления на абонентский номер + 79251860526 26.05.2019 в 12:10 с помощью использования технологии Flash-SMS нежелательного рекламного сообщения следующего содержания: «заголовок «398, 4 р.2», текст «Читайте и слушайте статьи из популярных журналов за 8 р/д»,

установила:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области (далее – Владимирское УФАС России) поступило письмо Федеральной антимонопольной службы России о передаче полномочий по рассмотрению заявления «\_\_\_\_\_» (вх. №183-

кол от 27.05.2019) по факту поступления на абонентский номер + 79251860526 26.05.2019 в 12:10 с помощью использования технологии Flash-SMS нежелательного рекламного сообщения следующего содержания: «заголовок «398, 4 р.2», текст «Читайте и слушайте статьи из популярных журналов за 8 р/д».

К заявлению были приложены следующие документы: скриншот о поступлении рекламы, запись экрана в момент получения рекламы, фотография договора об оказании услуг № GF0091119998 от 24.05.2019, условия тарифа Посекундный, условия оказания услуг связи Мегафон.

26.06.2019 Сотрудниками Владимирского УФАС России был составлен акт просмотра записи экрана мобильного телефона Заявителя, которым зафиксировано поступление 26.05.2019 в 12:10 на абонентский номер + 79251860526 рекламного сообщения следующего содержания: ««398, 4 р.2, Читайте и слушайте статьи из популярных журналов за 8 р/д, Подключить/Отмена» (19 сек. Записи – Приложение № 6 акта от 26.06.2019).

Владимирским УФАС России по факту распространения на абонентский номер + 79251860526 рекламного сообщения с нарушением статьи 18 ФЗ «О рекламе» был направлен запрос в адрес оператора сотовой связи ПАО «Мегафон».

ПАО «Мегафон» в ответ на запрос Владимирского УФАС России (исх. № 05/31.05.2019-зав от 31.05.2019) была предоставлена детализация вызов Абонента (номер + 79251860526), в которой поступление вышеуказанного рекламного сообщения не отразилось.

По существу вопроса ПАО «Мегафон» пояснило, что при заключении договора абонент, которому был выделен абонентский номер + 79251860526, своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с условиями, правила тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями договора. До настоящего времени абонент, использующий абонентский номер + 79251860526, с письменными заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался.

Следует отметить, что на момент рассмотрения заявления «\_\_\_\_\_» у ПАО «Мегафон» отсутствовал договор об оказании услуг № GF0091119998 от 24.05.2019г. (вх.№3867 от 17.06.2019), Таким образом, можно сделать вывод о том, что у Оператора отсутствовала подтвержденная информация о согласии (несогласии) абонента + 79251860526 на получение рекламных сообщений от ПАО «Мегафон» (и третьих лиц) по состоянию на 26.05.2019 – даты получения нежелательного рекламного сообщения.

ПАО «Мегафон» утверждает, что до сведения заявителя доводилась информация об альтернативных способах получения информации о балансе лицевого счета без рекламы, которыми, однако, по неизвестным причинам он не воспользовался.

ПАО «Мегафон» также отмечает, что реклама направляется только абонентам, в явном виде (в т.ч. конклюдентными действиями при направлении соответствующего ussd-запроса) давшим согласие оператору на получение рекламы, что полностью соответствует требованиям ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе».

Владимирское УФАС России наделено полномочиями по рассмотрению указанного заявления (исх. №ДФ/50911/19 от 18.06.2019г.). По данному факту 26 июня 2019 года было возбуждено дело № 033/05/18-626/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На рассмотрении дела 11.07.2019г. Заявитель ходатайствовал о ведении аудиозаписи процесса рассмотрения дела № 033/05/18-626/2019. Представитель ПАО «Мегафон» «\_\_\_\_\_» не возражала.

В пояснениях (№ 4463 от 11.07.2019) Заявитель указывает следующее. Заявитель утверждает, что проставление собственноручно отметки в графе «не согласен» на получение рекламных сообщений в информационной карте (неотъемлемой части договора № GF0091119998 от 24.05.2019) является письменно выраженным требованием не распространять в его адрес рекламу. В блоке Согласие с условиями Договора указана следующая информация: Я, абонент, подтверждаю, что я ознакомлен и согласен с условиями договора оказания Услуг связи ПАО «Мегафон», условиями выбранного Тарифного плана и иными частями Договора ( п. 2.13 Условий», Я подтверждаю, что получил экземпляр Договора со всеми приложениями и SIM –карту. Я согласен (если не указано другое):

- на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий - стоит отметка Заявителем «не согласен»;

- отказаться от получения счета и осведомлен, что я могу выбрать вариант доставки счета в личном кабинете или по заявлению в офисе продаж и обслуживания - стоит отметка Заявителем «не согласен»;

- отказаться от получения SMS- сообщений об изменении тарифов, выбираю иной способ извещения – размещение информации на официальном сайте оператора - стоит отметка Заявителем «не согласен».

Иных письменный уведомлений об отказе получения рекламных сообщений ПАО «Мегафон» не предъявлял.

Заявитель считает, что утверждение ПАО «Мегафон» о том, что «до сведения заявителя доводилась информация об альтернативных способах получения информации о балансе лицевого счета без рекламы, которыми однако, по неизвестным причинам он не воспользовался» является ложью, и ничем не подтверждено.

Также утверждение ПАО «Мегафон» о том, что «незамедлительно после получения Нижегородского УФАС информации о несогласии владельца абонентского номера + 79251860526 на получение рекламы от ПАО «Мегафон» указанный абонентский номер отключен от получения предложений Оператора и партнеров в SMS, MMS, e-mail, USSD, «баннерной рекламы»», является ложью. В подтверждение данного факта, представил в материалы дела скриншот экрана телефона от 11.07.2019 с информацией о балансе и последующей рекламной информацией: «Тысячи книг в каталоге от ЛитРес за 7р/д Подключить/Отмена». Также Заявитель во время заседания Комиссии отправил со своего абонентского номера команду \*100# и после получения состояния баланса, появилось аналогичное рекламное сообщение следующего содержания: «Индивидуальный гороскоп и гадание на любовь 7 р/д, Подключить/Отмена».

Представитель ПАО «Мегафон» «\_\_\_\_\_» представила дополнительные возражения (вх. 4462 от 11.07.2019) и пояснила Комиссии следующее.

Между ПАО «Мегафон» и Заявителем действительно был заключен договор на оказание услуг связи № GF0091119998 от 24.05.2019 неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи Мегафон и тарифный план, выбранный абонентом. ПАО «Мегафон» всем абонентам предоставляет возможность воспользоваться дополнительными услугами на возмездной и безвозмездной основе, исходя из их потребностей. В соответствии с пунктом 47 Правил № 1342 изменение договора оформляется путем заключения дополнительного соглашения в письменной форме либо путем совершения абонентом конклюдентных действий, перечень и порядок осуществления которых определяется договором.

Правилами № 1342 на оператора возлагается обязанность бесплатно и круглосуточно предоставлять абонентам справочную информацию о состоянии лицевого

счета абонент, в т.ч. о задолженности по оплате услуг телефонной связи. При этом способы предоставления такой информации оператор определяет самостоятельно.

В целях исполнения указанной обязанности ПАО «Мегафон» установило несколько альтернативных способов предоставления абоненту информации о состоянии лицевого счета, в т.ч.:

- ussd-запрос \*100# ;
- ussd-запрос \*105# ( Сервис личный кабинет);
- голосовой автоинформатор 0501;
- SMS запрос 000100.

Все возможные способы получения информации о состоянии баланса лицевого счета являются бесплатными, предоставляются круглосуточно, указаны на официальном сайте [www.megafon.ru](http://www.megafon.ru), что, по мнению ПАО «Мегафон», является надлежащим уведомлением абонентов об услуге и порядке ее оказания. В случае, если абонент не желает получать рекламу оператора и/или третьих лиц, у него есть несколько альтернативных способов получения информации о состоянии баланса своего лицевого счета. Абонент, использующий номер + 79251860526, направив запрос \*100#, воспользовался услугой своими активными действиями и в своем интересе, т.е., по мнению ПАО «Мегафон», имеются все необходимые признаки для признания согласия надлежащим.

На пояснения представителя ПАО «Мегафон» о том, что все возможные способы получения информации о состоянии баланса лицевого счета указаны на официальном сайте [www.megafon.ru](http://www.megafon.ru), Заявитель представляет в материалы дела скриншот сайта ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> от 26.06.2019, на котором указана следующая информация: «Как узнать баланс? Воспользуйтесь любым удобным способом:

- Зайдите в Личный кабинет. Баланс отображается на главной странице.
- Наберите бесплатную команду \*100#. Баланс отобразится на экране».

В данном случае отсутствует следующая информация и сведения:

- о каких-либо альтернативных способах получения информации о состоянии баланса лицевого счета;
- о том, что при наборе команды \*100# абонент соглашается на получение информации рекламного характера, что противоречит пояснениям ПАО «Мегафон».

В связи с необходимостью представления дополнительных доказательств и возражений от сторон, участвующих в деле, 11 июля 2019г. было вынесено Определение об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 033/05/18-626/2019 и назначено рассмотрение дела на 6 августа 2019 года.

6 августа 2019г. на рассмотрении дела Заявитель пояснил следующее. 12.07.2019 в 16:35 на номер + 79251860526 получил СМС от отправителя Мегафон со следующим текстом: «Услуга «Отказ от уведомлений оператора в сервисных Ussd» подключена». Чтобы удостовериться, Заявитель отправил ussd-запрос \*100# для запроса баланса, и на его номер + 79251860526 рекламная информация не поступила.

18.07.2019 Заявитель проверил сайт ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> и обнаружил, что он изменил свое содержание (дата изменения не известна). Добавилась следующая информация: «Направляя запрос \*100#, абонент соглашается на получение рекламы при получении ответа», а также добавилась информация о смс информаторе 000100, и возможности узнать баланс при обращении в салон Мегафон. В подтверждение своих слов представлен скриншот сайта ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> от 18.07.2019.

Представитель ПАО «Мегафон» «\_\_\_\_\_» по состоянию на 06.08.2019 не смогла представить второй экземпляр договора № GF0091119998 от 24.05.2019, в связи с тем, что он еще не поступил от дилера.

Также Представитель ПАО «Мегафон» считает, что представленный Заявителем скриншот сайта ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> от 26.06.2019 является недопустимым доказательством, и представила следующие документы:

- скриншот с сайта ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> по состоянию на 06.08.2019г.

- детализация набора коротких команд 26.05.2019г. с 12:00 по 13:59 абонентского номера + 79251860526.

Тем самым, по мнению ПАО «Мегафон», абонент, которому принадлежит + 79251860526, ознакомившись с информацией, размещенной на официальном сайте по адресу <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> в формулировке «Направляя запрос \*100#, абонент соглашается на получение рекламы при получении ответа», и после этого направив запрос \*100# для получения баланса, воспользовался услугой своими активными действиями и в своем интересе, т.е., имеются все необходимые признаки для признания согласия надлежащим.

Исследовав материалы дела № 033/05/18-626/2019, Комиссия приходит к следующим выводам.

Заявитель является абонентом ПАО «Мегафон» по договору об оказании услуг № GF0091119998 от 24.05.2019 и ему предоставлен абонентский номер + 79251860526. 26.05.2019 в 12:10 при запросе баланса с помощью команды \*100# получил нежелательное смс-сообщение, в котором помимо информации о балансе, содержался следующий текст: «заголовок «398, 4 р.2», текст «Читайте и слушайте статьи из популярных журналов за 8 р/д».

Пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что реклама – это 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 с пунктом 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования - 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

Информация, распространенная посредством вышеуказанного смс-сообщения на абонентский номер + 79251860526, отвечает всем признакам рекламы: адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к платным услугам, предложенным оператором связи ПАО "Мегафон» либо третьих лиц.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия Абонента (получателя) на получение рекламы возложена на рекламодателей.

В соответствии с п. 14.14.2 Условий оказания услуг связи Мегафон (далее - Условия) получение рекламы при использовании Услуг, а также на использование сведений об Абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке, в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи.

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 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.

В договоре об оказании услуг связи № GF0091119998 от 24.05.2019 Заявитель выразил свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи оператора ПАО «Мегафон» путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» в информационной карте.

В самом договоре об оказании услуг связи № GF0091119998 от 24.05.2019г. (инфокарта, Условия оказания услуг связи Мегафон и тарифный план) отсутствует информация о том, что при запросе баланса посредством (ussd запрос \*100#) им будут осуществляться конклюдентные действия, которые приведут к изменению условий указанного договора.

В соответствии с п.14.17 Условий Абонент обязан ознакомится с Условиями, зоной обслуживания сети связи Оператора, перечнем возможных услуг и тарифами на услуги до начала пользования услугами на сайте оператора [www.megafon.ru](http://www.megafon.ru) или в местах продаж и обслуживания Абонентов.

В связи с наличием в материалах дела доказательств сторон, противоречащих друг другу (скриншот сайта ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> от 26.06.2019 и скриншот с сайта ПАО «Мегафон» по адресу: <https://moscow.megafon.ru/help/faq/kak-uznat-balans.html> по состоянию на 06.08.2019), по факту отсутствия (наличия) следующей формулировки «Направляя запрос \*100#, абонент соглашается на получение рекламы при получении ответа» на момент совершения команды \*100# 26.05.2019, Комиссия Владимирского УФАС России в соответствии с письмом ФАС от 28.08.2015г. №АК/45828/15 О рекламе в сети «Интернет» в рамках рассмотрения дела прибегла к использованию данных независимого сервиса Internet Archive Wayback Machine (<https://web.archive.org/>) для подтверждения той или иной информации.

Интернет – архив по адресу: <https://web.archive.org/> представляет собой систематизированные копии общедоступных интернет - страниц по состоянию на определенный период. В данном интернет - архиве находятся несколько копий сайта ПАО «Мегафон» по адресу <https://moscow.megafon.ru/help/faq/>, а также за интересующий Комиссии дату - 26.05.2019г. Согласно полученный данным за 26.05.2019г. электронный ресурс <https://moscow.megafon.ru/help/faq/> не располагает формулировкой «Направляя запрос \*100#, абонент соглашается на получение рекламы при получении ответа», а также информацией об иных альтернативных способах получения баланса.

Исходя из вышеизложенного, на момент отправления ussd запроса \*100# Заявитель ,

которому принадлежит абонентский номер + 79251860526, не был надлежаще уведомлен о том, что при запросе баланса посредством (ussd запрос \*100#) им будут осуществляться конклюдентные действия, которые приведут к изменению условий договора в части согласия абонента на получение информации об оказываемых ПАО «Мегафон» услугах и акциях, а также о товарах и услугах третьих лиц.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 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 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. Следовательно, 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 абонента 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».

Следовательно, действия абонента, направленные на получение информации о балансе не могут расцениваться, как его согласие на получение рекламы по сетям электросвязи от ПАО «Мегафон» и третьих лиц.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона, ненадлежащая реклама- реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Таким образом, рекламное сообщение содержания: «заголовок «398, 4 р.2», текст «Читайте и слушайте статьи из популярных журналов за 8 р/д», полученное при запросе баланса с помощью команды \*100# 26.05.2019 в 12 часов 10 минут на абонентский номер + 79251860526, распространено ПАО «Мегафон» с нарушением требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

Исходя из имеющихся у антимонопольного органа материалов следует, что рекламодателем является ПАО «Мегафон» (юр. адрес Оружейный переулок, дом 41, г. Москва, ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585).

Поскольку на рассмотрении дела № 033/05/18-626/2019 06.08.2019 Заявитель подтвердил факт о том, что с 12.07.2019 при получении баланса командой \*100# отсутствует рекламная информация, Комиссия Владимирского УФАС России приняла решение о нецелесообразности выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

решила:

1. Признать ненадлежащей рекламу содержания: «заголовок «398, 4 р.2», текст «Читайте и слушайте статьи из популярных журналов за 8 р/д», распространенную ПАО «Мегафон», при запросе баланса с помощью команды \*100# 26.05.2019 в 12 часов 10 минут на абонентский номер + 79251860526 без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

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

Председатель Комиссии

«\_\_\_\_\_»

Члены Комиссии

«\_\_\_\_\_»

«\_\_\_\_\_»