

ПАО «Мегафон»

Оружейный пер., д. 41,
г. Москва, 127006

msk-public@megafon.ru

ООО «Инград Недвижимость»

Олимпийский проспект, д. 14,
г. Москва, 129090

Краснопролетарская ул., д. 2, к. 4,
г. Москва, 127006

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-289/77-18

«30» января 2019

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 – <...>,
членов Комиссии – <...>, <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-289/77-18, возбужденное по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> рекламы:

«Престижный ЖК Петра Алексеева, 12А рядом с Кутузовским проспектом. Квартиры с отделкой и без. Все для жизни: детский сад, подземный паркинг, спорткомплекс. т. 84951528434», поступившего 14.09.2018 в 09:04, отправитель: «INGRAD», 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 присутствии представителя ООО «Инград Недвижимость» в лице <...>(по доверенности № <...> от <...>)

в отсутствие представителя ПАО «Мегафон» (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-289/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006; ОГРН 1027809169585; ИНН

7812014560), ООО «Инград Недвижимость» (место нахождения: Олимпийский проспект, д. 14, г. Москва, 129090; ОГРН 1107746716956, ИНН 7702740062) на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер +7-926-320-98-23 посредством СМС-сообщений рекламы:

«Престижный ЖК Петра Алексеева, 12А рядом с Кутузовским проспектом. Квартиры с отделкой и без. Все для жизни: детский сад, подземный паркинг, спорткомплекс. т. 84951528434», поступившего 14.09.2018 в 09:04, отправитель: «INGRAD».

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.

ООО «Инград Недвижимость» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 02.09.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746716956, ИНН 7702740062, КПП 770201001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем.

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 о жилом комплексе, 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 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.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное рекламодателю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны рекламодателей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Исходя из материалов дела, номер <...> был выдан абоненту по договору, заключенному 03.10.2009 с Офёркиным Е<...>ор). Неотъемлемыми частями Договора являются: Условия, тарифный план, правила тарификация и расчеты по выбранному тарифному плану.

ПАО «Мегафон» ссылается на то, что абонент своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану. При этом, в соответствии с пунктом 13.16 Условий договора, абонент вправе выразить отказ от получения рекламы при проставлении галочки около пункта о несогласии на получении рекламы или представить соответствующее письмо ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 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.

При этом, в соответствии с бланком договора на оказание услуг связи ПАО «Мегафон», абонент может только отказаться от получения рекламы по сетям электросвязи.

ПАО «Мегафон» фактически лишает абонента возможности самостоятельной реализации своего права на выражение согласия на получение рекламы, предусмотренного Условиями.

Согласно Условиям договора именно абонент должен осуществлять определенные действия для выражения своего согласия на получение рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение таких условий 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.

При этом даже в случае дачи согласия абонентом ПАО «Мегафон» на распространение рекламы, данное согласие распространяется исключительно на рекламу ПАО «Мегафон», так как в соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, абонент выражает свое согласие на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

По мнению ПАО «Мегафон», рассматриваемые смс-сообщения распространены 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.

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 о жилых комплексах группы компаний Донстрой (либо рекламу АО «Дон-Строй Инвест» и т.п.), а его контрагенты убедиться в его наличии при исполнении нижепоименованных договоров. Установлено, что такое согласие у распространителей отсутствовало.

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 «INGRAD» 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 рекламодатель.

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.

В соответствии с письменными пояснениями ООО «Инград Недвижимость», рассматриваемая реклама распространялась абоненту телефонного номера <...> в связи с заключением договора об оказании услуг связи № <...> от 14.03.2018, заключенного между ПАО «Мегафон» и ООО «Инград Недвижимость» (далее — Договор).

В соответствии с пунктом 1.1 Договора, ПАО «Мегафон» обязуется оказывать ООО «Инград Недвижимость» услуги связи, а также связанные с ними дополнительные услуги, а ООО «Инград Недвижимость» обязуется их оплачивать.

Согласно пункту 2.3.3 Дополнительного соглашения № от 29.05.2018 к Договору (далее — Дополнительное соглашение), ПАО «Мегафон» обязуется оказать ООО «Инград Недвижимость» услугу по размещению с использованием каналов коммуникации рекламных информационных материалов (РИМ) ООО «Инград недвижимость» среди конечных покупателей, выбранных ПАО «Мегафон» по результатам таргетирования и расчета рекомендательного бала склонности к приобретению продукта.

Таргетированием согласно разделу «Термины и определения» Дополнительного соглашения является аналитическая выборка по собственной методике ПАО «Мегафон» конечных покупателей. Под таргетом «согласие» понимается критерий проверки ПАО «Мегафон» на наличие согласия конечного получателя на получение рекламы третьих лиц.

Таким образом, исходя из условий Дополнительного соглашения, следует, что ООО «Инград Недвижимость» предоставляет ПАО «Мегафон» РИМ, содержащие информацию об объекте рекламирования, размещением РИМ, то есть распространением по каналам связи СМС осуществляет ПАО «Мегафон».

Кроме того ООО «Инград Недвижимость» в подтверждение осуществляемых действий по распространению рассматриваемой рекламы именно ПАО «Мегафон» также

представлена заявка, на основании которой было распространено спорное СМС-сообщение.

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» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...>. Данный факт ПАО «Мегафон» не оспаривается.

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

«Престижный ЖК Петра Алексеева, 12А рядом с Кутузовским проспектом. Квартиры с отделкой и без. Все для жизни: детский сад, подземный паркинг, спорткомплекс. т. 84951528434», поступившего 14.09.2018 в 09:04, отправитель: «INGRAD».

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 рекламороносителем 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, спорное сообщение было распространено 14.09.2018.

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 <...> ненадлежащей рекламы:

««Престижный ЖК Петра Алексеева, 12А рядом с Кутузовским проспектом. Квартиры с отделкой и без. Все для жизни: детский сад, подземный паркинг, спорткомплекс. т. 84951528434», поступившего 14.09.2018 в 09:04, отправитель: «INGRAD».

2. Выдать ПАО «Мегафон» предписание 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

<...>

<...>

<...>

Исполнитель: <...>