

## РЕШЕНИЕ

«20» апреля 2015 г. 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 – Н.В. Орлова,

членов Комиссии – П.В. Олейника, А.И. Кладочной,

рассмотрев дело № 3-18-10/77-15 в отношении ОАО «Мегафон» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)», поступившего 03.09.2014 в 19:31, отправитель: MegaFon, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 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 лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе — ОАО «Мегафон» (надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-10/77-15 возбуждено в отношении ОАО «Мегафон» на основании обращения (...) (вх. № 32946 от 05.09.2014), по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)», поступившего 03.09.2014 в 19:31, отправитель: MegaFon.

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

ОАО «Мегафон» (адрес: 115035, г. Москва, Кадашевская наб., д. 30) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027809169585 ИНН 7812014560, КПП 770601001.

Согласно материалам дела № 3-18-10/77-15 на номер телефона

+7 925 721-61-22 03.09.2014 в 19:31 поступила реклама следующего содержания: «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.).»

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 32946 от 05.09.2014).

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.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы, прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона 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.

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.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителей к возмездным услугам, оказываемым ОАО «Мегафон», и

может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщений следующего содержания: «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./ запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания потребителей к возмездным услугам, оказываемым ОАО «Мегафон» и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

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.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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.

Московским УФАС России у ОАО «Мегафон» было запрошено подтверждение согласия абонента на получения рекламных сообщений.

В ответ на запрос информации ОАО «Мегафон» представило копию договора об оказании услуг связи № MR-45976054 от 03.09.2014 (далее — Договор об оказании услуг связи).

Также, согласно письменным пояснениям, представленными ОАО «Мегафон» в Московское УФАС России, Договор об оказании услуг связи между Вертелецким П.П. и ОАО «Мегафон» был заключен 03.09.2014. В рамках указанного договора, (...) был выделен телефонным номер <...> 925-721-61-22.

Договор об оказании услуг связи включает в себя Условия оказания услуг связи «Мегафон».

Текст условий оказания услуг связи «Мегафон» (далее — Условия оказания услуг связи) находится в общем доступе на сайте ОАО «Мегафон».

Согласно пункту 15.5 Условий оказания услуг связи, действовавших на момент распространения рекламы, ОАО «Мегафон» оставляет за собой право предоставлять дополнительную информацию посредством уведомления клиента в текстовом, голосовом или электронном виде.

Вместе с тем, данный довод Московским УФАС России признан несостоятельным в связи с нижеследующим.

ОАО «Мегафон» представлен Договор об оказании услуг связи, заключенный с (...)

Согласно представленным материалам, подписывая Договор об оказании услуг связи, (...) прямо указал на то, что не согласен на получение рекламы при использовании Услуг и использовании сведений о нем при продвижении Услуг, как это определено в пункте 14.14.2 Условий оказания услуг связи, путем пометки напротив данного условия у надписи «не согласен».

Согласно пункту 14.14.2 Условий оказания услуг связи, размещенных на официальном сайте ОАО «Мегафон», подписывая Договор об оказании услуг связи, абонент соглашается на весь срок его действия на 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.

Исходя из вышеизложенного, при подписании Договора об оказании услуг связи, (...) явно выразил свое несогласие на получение рекламы при использовании услуг, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке, в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи.

Таким образом, документально подтвержденное согласие (...) на получение рекламы по сетям электросвязи отсутствует.

На основании изложенного, в действиях ОАО «МегаФон» при распространении рекламы «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./ запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)», поступившей 03.09.2014 в 19:31 на телефонный номер (...) с номера «МегаFon», установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение 03.09.2014 в 19:31 рекламы «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./ запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)» на номер телефона (...) от отправителя «МегаFon», с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель является лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

СМС-сообщение «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./ запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)» поступило с номера ОАО «МегаФон», данный факт подтверждается детализированной выпиской, предоставленной заявителем в материалы дела, а также не отрицалось Обществом в ходе рассмотрения дела № 3-18-10/77-15.

На основании изложенного, ОАО «МегаФон» является рекламодателем рекламы «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./ запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)», поступившей 03.09.2014 в 19:31 от отправителя «МегаFon».

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.

Целью выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе помимо пресечения выявленного нарушения является предупреждение аналогичных правонарушений в будущем.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении рекламы абоненту-заявителю на номер (...), ОАО «Мегафон» не представлено.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ОАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации 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 ненадлежащим распространение рекламы 03.09.2014 в 19:31 на номер телефона (...) от отправителя «МегаФон» следующего содержания: «Уважаемый абонент! Теперь у вас есть возможность подключить популярную услугу «Замени гудок» и пользоваться ей в течение 7 дней БЕСПЛАТНО! Услуга позволяет вам установить любимые мелодии вместо скучных гудков. Для этого нужно набрать \*707# (0 р./ запрос). На 8-й день услуга становится платной (2 р/день). Подробнее по номеру 0770 (беспл.)», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ОАО «Мегафон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении 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.