

РЕШЕНИЕ

«21» сентября 2016 г.

г. Горно-Алтайск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе: <...>,

09 сентября 2016г., рассмотрев дело № 12-Р/16 от 09.08.2016г., возбужденное в отношении ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН 7812014560, юридический адрес: г. Москва, Кадашевская набережная, 30) по факту распространения рекламы по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон «О рекламе»),

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ПАО «Мегафон» <...> по доверенности от 05.11.2015 г.;

в отсутствии:

заявителя – гражданина <...> (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление <...> (вх. № 1655 от 08.06.2016г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи «Мегафон», о распространении рекламных СМС-сообщений посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Закона «О рекламе» на мобильный телефон (абонентский номер <...> <...>), а именно: **«Дарим NEW ролл СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу! 6004001 http://2b.ru»**, **«СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу!4 пиццы за 999р! 6004001 http://2b.ru»**, **«Пицца Техасская в подарок к любому заказу! 6004001 http://2b.ru»**, поступивших от отправителя 2BEREGA, 19.05.2016г. в 18:00 часов, 29.05.2016г. в 15:01 часов, 04.06.2016г. в 18:10 часов.

По мнению заявителя, данные сообщения являются рекламой. Заявитель считает, что вышеуказанными действиями распространитель смс-рекламы нарушил Закон «О рекламе», так как согласия на получение рекламы посредством сотовой связи он не давал.

В качестве подтверждения факта получения смс-рекламы заявителем представлен скриншот со своего сотового телефона.

ПАО «Мегафон» 30.06.2016г., 26.08.2016г. представило информацию (вх. №03, №2505), согласно которой отправка смс-сообщений осуществлялась АО «МегаЛабс» на основании Дополнительного соглашения №17 к Генеральному соглашению № 3 от 02.11.2015г.

АО «МегаЛабс» 26.07.2016г. представило информацию (вх.№2129), согласно которой рассматриваемые смс-сообщения были направлены ООО «ДЭНИ КОЛЛ» с идентификатора 2BEREGA.

В соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Закона «О рекламе», определением УФАС по Республике Алтай от 09.08.2016 г. возбуждено дело в отношении ПАО «Мегафон» и назначено к рассмотрению на 31.08.2016г. На Комиссии УФАС по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе 31.08.2016 г. было принято решение об отложении рассмотрения дела в связи с необходимостью получения антимонопольным органом дополнительных доказательств. Копия определения от 31.08.2016 г. об отложении рассмотрения дела № 12-Р/16 от 09.08.2016 г. была направлена ПАО «Мегафон» и <...> с уведомлением о вручении, а также электронной почтой.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

1. В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», 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.

Объектом рекламирования, согласно п. 2 ст. 3 Закона «О рекламе», 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.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п. 3 ст. 3 Закона «О рекламе»).

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в ст. 3 данного Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как её адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который её получает.

В письме ФАС России от 05.04.2007г. № АЦ/4624 разъяснено, что под

неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Смс-сообщения: «**Дарим NEW ролл СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу! 6004001 <http://2b.ru>**», «**СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу! 4 пиццы за 999р! 6004001 <http://2b.ru>**», «**Пицца Техасская в подарок к любому заказу! 6004001 <http://2b.ru>**», являются рекламой, т.к. они неперсонифицированы, направлены на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к роллам, пицце (проводимым акциям), что способствует продвижению их на рынке.

Таким образом Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что рассматриваемые смс-сообщения являются рекламой.

2. 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.

Между ПАО «Мегафон» и <...> заключен договор №78017-198 на обслуживание федерального телефонного номера +7<...>, из содержания которого не усматривается согласие абонента на получение рекламы.

ПАО «Мегафон» в своих пояснениях указывает, что рассылка вышеуказанной рекламы была инициирована ООО «ДЭНИ-КОЛЛ», общество самостоятельно сформировало текст СМС-сообщений, определило получателя и объект рекламирования.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» к своим пояснениям (вх.№2127 от 26.07.2016 г.) предоставило копию анкеты абонента +7<...> ИП <...> и копию анкеты абонента +7<...> ИП <...> В рамках внутреннего расследования, проведенного ООО «ДЭНИ КОЛЛ» установлено, что ИП <...> отправлено смс-сообщение абоненту <...> 29.06.2016г. по технической ошибке.

ИП <...> в адрес ООО «ДЭНИ КОЛЛ» была представлена анкета от 19.04.2016 г., в которой содержится согласие абонента <...> на получение рекламных смс-сообщений от ИП <...> Однако, проанализировав представленное согласие, Комиссия УФАС по Республике Алтай пришла к выводу, что оно не является надлежащим, так как подпись <...> на согласии на получение ФАС России детализации счета и иных данных <...>, отлична от подписи на согласии на получение рекламных смс-сообщений, представленном ИП <...> Иные идентифицирующие данные абонента <...> (паспортные данные или др.) в согласии на получение рекламных смс-сообщений отсутствуют.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что согласие абонента получено не было, что свидетельствует о нарушении требований части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

3. Частью 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18 данного Федерального закона возложена на рекламодателя.

В соответствии со статьей 3 Закона «О рекламе», рекламодатель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Законом № 272-ФЗ от 21.07.2014 в статью 2 Федерального закона «О связи» введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается 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.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

В соответствии с разъяснениями ФАС России от 05.12.2014 № АК/49919/14 оператор связи абонента в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с «коротких» и «буквенных» номеров), может признаваться рекламодателем.

Соответственно, в указанных случаях оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может быть привлечен к ответственности в качестве рекламодателя за нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Указанные смс-сообщения были направлены с «буквенного номера» «2BEREGA», в связи с чем, ПАО «Мегафон» имело правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения и выяснить имеется ли согласие абонента на получение смс - рекламы, либо отказаться от распространения рекламы.

Между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс» заключено дополнительное соглашение №17 к Генеральному соглашению № 3 от 02.11.2015г., предметом которого является оказание Оператором за вознаграждение услуг Партнеру. В рамках оказания Услуги Оператор обязуется предоставить Партнеру доступ к Интерфейсу для размещения РИМ Партнера среди Абонентов. Рекламно-информационные материалы (РИМ) – сообщения, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах Партнера (Клиента Партнера), или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые партнером (Клиентом Партнера), предназначенные для размещения с помощью Каналов коммуникации.

Между ЗАО «МегаЛабс» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» заключен договор №МИ-ДЕНИКОЛЛ-15122015 от 15.12.2015 г., предметом которого является оказание услуг ЗАО «МегаЛабс» за вознаграждение по заявкам ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

Согласно п. 1.1 договора №МИ-ДЕНИКОЛЛ-15122015 от 15.12.2015 г. заявка – направленный Заказчиком Исполнителю посредством Интерфейса или в письменной форме заказ на проведение Рекламной кампании (размещение РИМ), содержащий все условия, подлежащие обязательному определению Сторонами, включающие в себя информацию о содержании (шаблоне) РИМ, Канале коммуникации, сроках оказания Услуги, количестве планируемых к размещению SMS-сообщений, Подписи, параметрах таргетирования и другой информации.

Частью 2 статьи 44.1 Закона «О связи» предусмотрено, что рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.

В порядке оказания услуг п. 3.6 дополнительного соглашения №17 к Генеральному соглашению № 3 от 02.11.2015г., заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс» предусмотрено, что в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

Согласно п. 4.3 вышеуказанного соглашения оператор вправе осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или Оператора, и условиям Дополнительного соглашения. Оператор вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения Партнером условий Дополнительного соглашения.

В силу п. 4.4 данного соглашения оператор имеет право незамедлительно прекращать размещение среди Абонентов SMS/MMS/USSD-сообщений Партнера, если не получено либо отозвано согласие Абонента на получение рекламы при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Оператора, либо по запросу Оператора не представлено (несвоевременно представлено) Партнером согласие Абонента на получение РИМ при размещении РИМ среди Абонентов из имеющейся у Партнера Базы Абонентов.

Согласно п. 4.14 дополнительного соглашения №17 к Генеральному соглашению № 3 от 02.11.2015г. при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Оператора Оператор обязан размещать РИМ только среди тех Абонентов, с которыми заключен договор на услуги связи Оператора и которые не отозвали своего согласия на получение рекламы третьих лиц, распространяемой Оператором.

Фактическая рассылка сообщений осуществлялась при помощи оборудования ПАО «Мегафон», которое обладало возможностью контроля за содержанием передаваемых сообщений и наличием согласия абонента на получение рекламы.

Идентификатор «2BEREGA» не соответствует российской системе и плану нумерации, таким образом, ПАО «Мегафон», являясь оператором связи абонента, которому предназначена рассылка, также является рекламораспространителем.

На основании изложенного Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН 7812014560, юридический адрес: г. Москва, Кадашевская набережная, 30).

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Комиссия УФАС по РА считает, что рассматриваемые смс-рекламы являются ненадлежащими, т.к. отсутствует согласие абонента <...> (абонентский номер <...> <...>) на их получение.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия руководствовалась тем фактом, что смс-сообщения от отправителя 2BEREGA направлялись не единожды (в том числе могут быть актуальны, т.к. отсутствуют даты проведения акции).

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №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, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: **«Дарим NEW ролл СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу! 6004001 <http://2b.ru>», «СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу!4 пиццы за 999р! 6004001 <http://2b.ru>.», «Пицца Техасская в подарок к любому заказу! 6004001 <http://2b.ru>»,** поступившую от отправителя 2BEREGA, 19.05.2016г. в 18:00 часов, 29.05.2016г. в 15:01 часов, 04.06.2016г. в 18:10 часов на мобильный телефон +7<...>, без предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы, что противоречит ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;

2. Выдать ПАО «Мегафон» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно – прекратить распространение смс-рекламы по сетям электросвязи без наличия предварительного согласия абонента +7<...> на

получение рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу УФАС по Республике Алтай для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении лица, виновного в нарушении рекламного законодательства.

В соответствии с ч. 1 ст. 37 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» настоящее решение может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его вынесения.

ПРЕДПИСАНИЕ

о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе по делу № 12-Р/16 от 09.08.2016г.

21 сентября 2016г.

г. Горно-Алтайск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе: <...> ,

на основании своего решения от 21.09.2016г. по делу № 12-Р/16 от 09.08.2016г. о признании ПАО «Мегафон» нарушившим часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», по факту распространения СМС-рекламы: **«Дарим NEW ролл СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу! 6004001 <http://2b.ru>», «СЛИВОЧНЫЙ ЛОСОСЬ к любому заказу!4 пиццы за 999р! 6004001 <http://2b.ru>», «Пицца Техасская в подарок к любому заказу! 6004001 <http://2b.ru>»** по сетям сотовой связи, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органам дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ПАО «Мегафон» (ОГРН: 1027809169585, ИНН 7812014560, юридический адрес: г. Москва, Кадашевская набережная, 30) **со дня получения настоящего предписания** прекратить нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно, прекратить распространение СМС-рекламы по сетям сотовой связи без согласия абонента <...> (абонентский номер <...> <...>) на ее получение;

2. ПАО «Мегафон» представить в срок **до 20.10.2016г.** в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай доказательства об исполнении пункта 1 настоящего предписания.

В соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об

административных правонарушениях, невыполнение в установленный срок законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе или законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа об отмене либо изменении противоречащего законодательству Российской Федерации о рекламе акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или акта органа местного самоуправления влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

В соответствии с ч. 1 ст. 37 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» настоящее предписание может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня выдачи предписания.