

РЕШЕНИЕ

31 августа 2016 года

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 23 августа 2016 года.

Решение в полном объеме изготовлено 31 августа 2016 года.

Комиссия Липецкого УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель комиссии: Д.А. Шелестенко заместитель руководителя управления - начальник отдела защиты конкуренции;

Члены комиссии:

Ю.В. Селезнева государственный инспектор отдела защиты конкуренции,

Т.А. Филатова государственный инспектор отдела защиты конкуренции, рассмотрев дело № 10 по признакам нарушения ПАО «Мегафон» (115035, г. Москва, Кадашевская наб., д. 30 ИНН 7812014560 ОГРН 1027809169585), АО «МегаЛабс» (119180, г. Москва, 2-й Казачий переулок, д. 11, стр. 1 ИНН 7713556058 ОГРН 1057747083767), ООО «Крафт Телеком» (107023, г. Москва, ул. Электрозаводская, д. 24, пом. 219 ИНН 7718828562 ОГРН 1107746983266), ООО «Инстам» (125319, г. Москва, ул. 1-я Аэропортовская, д. 6, пом. VI, ком. 1-4 ИНН 7714893793 ОГРН 1127747273961), ООО «СЗК «Инфосвязь» (192012, г. Санкт-Петербург, пр-т Обуховской обороны, д. 271, литер А ИНН 7811404769 ОГРН 1089847160633) части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13 марта 2006 года 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении рекламы посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента,

в присутствии на заседании:

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ПАО «Мегафон» <...> (Доверенность № 8/1212-15);

в отсутствие:

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - АО «Мегалабс»;

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ООО «Крафт Телеком»;

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О

рекламе» - ООО «Инстам»;

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ООО «СЗК «Инфосвязь»,

УСТАНОВИЛА:

В Липецкое УФАС России из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление гражданки <...> о том, что 06.04.2016 г. в 16 часов 15 минут на её абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «LENTA» (SMS-центр: <...>) следующего содержания: «7 апреля скидка -20% на консервированные овощи. Инфо <...>». Данный способ распространения рекламной информации содержит признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

Статья 1 ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) в числе целей данного Федерального закона устанавливает, в том числе, реализацию права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно п. 1 ч.1 ст. 3 Закона реклама - 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 п. 2 ч. 1 ст. 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.

п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона гласит, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно п. 4 ч. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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 такой 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.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к скидкам, распространяемым в магазинах «Лента», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, не было представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная 06.04.2016 в 16:15 на номер телефона <...> от отправителя «LENTA», направленная на привлечение внимания к скидкам, распространяемым в магазинах «Лента», является 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 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.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Согласно Письму Федеральной антимонопольной службы от 05 декабря 2014 г. N АК/49919/14 О применении новых положений закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок, согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение

рекламы ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателя-распространителя.

Исходя из материалов, предоставленных ПАО «Мегафон», указанная реклама распространялась на основании Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016 г. к Генеральному соглашению №3 от 20.11.2015г. заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс».

В соответствии с пунктом 4.3. части 4 соглашения оператор вправе осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений на предмет из соответствия действующему законодательству Российской Федерации.

Согласно подпункту 4 пункта 4.4. части 4 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.

Из представленных в Липецкое УФАС России ОА «МегаЛабс» документов, следует, что в соответствии с Договором № МР-МИ-КРФТТ-10.10.2014 заключенного с ООО «Крафт Телеком», исполнитель (АО «МегаЛабс») имеет право незамедлительно прекращать направление абонентам текстов заказчика (ООО «Крафт Телеком»), если не получено, либо отозвано согласие абонента на получение рекламы (п. 4.4. Договора). Кроме того, из пункта 4.3 Приложения № 1 к Дополнительному соглашению № 1 от 01 января 2016 года к Договору № МР-МИ-КРФТТ от 10 октября 2014 года следует, что Исполнитель вправе осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса SMS-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или Оператора, и условиям Договора. Исполнитель вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения Заказчиком условий Договора.

Таким образом, реклама, распространенная посредством SMS-сообщения 06.04.2016 в 16:15 на номер телефона <...> с текстом «7 апреля скидка - 20% на консервированные овощи. Инфо <...>», содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком» последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный

номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

На основании изложенного, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком» являются рекламодателями рекламы «7 апреля скидка -20% на консервированные овощи. Инфо <...>», распространенной 06.04.2016 в 16:15 на номер телефона <...> от отправителя «LENTA».

Определением о возбуждении дела № 10 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 22 июня 2016 года рассмотрение дела было назначено на 7 июля 2016 года, а также были запрошены необходимые документы у ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком».

Однако после возбуждения дела в Липецкое УФАС России поступили документы от ООО «Крафт Телеком». В соответствии с указанными документами рекламное sms-сообщение было направлено адресату в рамках Договора № 106 от 31.12.2013, заключенного между ООО «Крафт Телеком» и ООО «Мобильные сервисы» (переименованное в 2014 г. в ООО «Инстам»). В свою очередь ООО «Инстам» заключило Договор № 791 от 17.08.2014 с ООО «СЗК «Инфосвязь». В соответствии с пунктом 2.4.6. договора № 106 от 31.12.2013, заключенного между ООО «Крафт Телеком» и ООО «Мобильные сервисы» (ООО «Инстам») заказчик (ООО «Инстам») обязуется не использовать подключение к технической базе исполнителя (ООО «Крафт Телеком») для организации отправки SMS-сообщений, нарушающих законодательство РФ. Согласно п. 6.9 договора исполнитель оставляет за собой право приостановить оказание услуг по Договору в случае использования заказчиком выделенных сервисных номеров для целей не относящихся к предмету договора, в том числе при нарушении положений п. 2.4.6. договора.

В соответствии с пунктом 6.9 договора № 791 от 17.08.2014, заключенного между ООО «Инстам» и ООО «СЗК «Инфосвязь» исполнитель (ООО «Инстам») оставляет за собой право приостановить оказание услуг по Договору в случае использования заказчиком (ООО «СЗК «Инфосвязь») выделенных сервисных номеров для целей не относящихся к предмету договора, в том числе при нарушении положений п. 2.4.6. договора. Согласно п. 2.4.6. договора заказчик обязуется не использовать подключение к технической базе исполнителя для организации отправки SMS-сообщений, нарушающих законодательство РФ.

В сопроводительном письме к документам, запрошенным Определением о возбуждении дела №10 АО «МегаЛабс» поясняет, что общество не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления рекламно-информационных материалов.

Документы, запрошенные Определением о возбуждении дела №10 от ООО «Крафт Телеком» в Липецкое УФАС не поступали.

На рассмотрении дела 07.07.2016 г. представитель ПАО «Мегафон» <...> пояснила, что передача спорного sms-сообщения основана на договоре, заключенном с АО «МегаЛабс», в соответствии с которым, оператор имеет возможность проверки рекламно-информационных материалов на соответствие законодательству. Однако общество не проверяло спорное sms-сообщение исходя из добропорядочности АО «МегаЛабс».

Определением об отложении рассмотрения дела № 10, рассмотрение дела было отложено на 23.08.2016 г. в связи с привлечением в качестве ответчиков ООО «Инстам» и ООО «СЗК «Инфосвязь», а также с необходимостью получения дополнительной информации.

В сопроводительном письме к документам, запрошенным Определением об отложении рассмотрения дела № 10 ООО «Инстам» поясняет, что общество не является рекламодателем указанной рекламы и ходатайствует о рассмотрении дела посредством видеосвязи. Однако данное ходатайство Комиссией не было удовлетворено в связи с отсутствием технической возможности организации видеосвязи.

Запрашиваемые определением документы от ООО «СЗК «Инфосвязь» в Липецкое УФАС представлены не были. Согласно почтовому уведомлению почтовое отправление с определением об отложении рассмотрения дела № 10 от 08.07.2016 г. было вручено адресату 19 июля 2016 года.

23.08.2016 г. на рассмотрении дела представитель ПАО «Мегафон» поддержала позицию высказанную ранее.

Таким образом, из имеющихся в материалах дела документов следует, что ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «Инстам», ООО «СЗК «Инфосвязь» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась возможность предварительно удостовериться о наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «Инстам», ООО «СЗК «Инфосвязь» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «Инстам», ООО «СЗК «Инфосвязь» имели возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «Инстам», ООО «СЗК «Инфосвязь» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «Инстам», ООО «СЗК «Инфосвязь» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

Таким образом, проанализировав имеющиеся в деле доказательства, в

результате совещания, руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального 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,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «Инстам», ООО «СЗК «Инфосвязь» 06.04.2016 в 16 часов 15 минут посредством направления sms-сообщения на абонентский номер <...> следующего содержания: «7 апреля скидка -20% на консервированные овощи. Инфо <...>» т. к. нарушены ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Не выдавать ПАО «Мегафон» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
3. Не выдавать АО «МегаЛабс» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
4. Не выдавать ООО «Крафт Телеком» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
5. Не выдавать ООО «Инстам» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
6. Не выдавать ООО «СЗК «Инфосвязь» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
7. Передать материалы дела должностному лицу Липецкого УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в течение трёх месяцев со дня его принятия.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения

антимонопольного органа частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить решение антимонопольного органа.