

резольютивная часть оглашена 21 октября 2014г.

г. Ижевск

изготовлено в полном объеме 06 ноября 2014г.

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

председатель Комиссии: <...> – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике; члены Комиссии: <...> – начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции (отсутствует); <...> – старший государственный инспектор отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции (отсутствует); <...> – ведущий специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции, <...> - специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции, кворум соблюден,

рассмотрев материалы дела № СИ04-03/2014-168Р, возбужденного в отношении ОАО «Мегафон» по факту распространения на телефонный номер гражданина <...> (вх.№ 7213) смс-сообщения рекламного характера с признаками нарушения законодательства о рекламе,

в отсутствии:

- заявителя – гражданина <...>, уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела (почтовое уведомление о вручении №42600678155008 от 06.10.2014г.);

в присутствии:

- представителя ОАО «Мегафон» - <...>, по доверенности № 18 АБ 0485651 от 21.07.2014г.

УСТАНОВИЛА:

22 июля 2014 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (далее – Удмуртское УФАС России) электронной почтой поступило заявление гражданина <...> (вх.№ 7213) о распространении на его мобильный номер телефона (+79225016031) 22 июля 2014г. в 10 часов 14 минут рекламного смс-сообщения следующего содержания: «Деньги на дом от ООО «Домашние деньги» 88005559886 Звонок бесплатный», без предварительного согласия на получение данной информации.

По мнению заявителя, рекламораспространителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «Домашние деньги».

К заявлению были приложены: фотография смс-сообщения, договор об оказании услуг связи с оператором ОАО «Мегафон», детализация услуг по абонентскому

номеру.

В целях осуществления государственного надзора за соблюдением законодательства о рекламе, установления лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе», Удмуртским УФАС России был направлен запрос ООО «Домашние деньги» (исх.№ СЮ01-17-04/6650 от 29.07.2014г.), по предоставлению документов и информации, необходимой для рассмотрения заявления по существу.

13.08.2014г. ООО «Домашние деньги» представило (вх.№ 7661) в Удмуртское УФАС России следующие документы и сведения: копию договора оказания услуг № 69 от 31.10.2013г., копия приложения № 6 от 19.05.2014г., копия акта № 51 от 31.07.2014г. о выполненных услугах, письменные пояснения.

Исходя из представленной информации ООО «Домашние деньги» сообщает, что не является владельцем телефонного номера, с которого осуществлялось распространение рассматриваемого смс-сообщения. Общество вообще не осуществляет смс-рассылок, рекламирующих свою деятельность. Данную услугу Обществу оказывают сторонние юридические лица на основании гражданско-правовых договоров.

Так же Общество сообщает, что заключило 31.10.2013г. с ООО «Делфи-Холдинг» договор оказания услуг № 69. В рамках данного договора ООО «Делфи-Холдинг» обязалось оказать услуги ООО «Домашние деньги» по размещению материалов информационного характера, с помощью каналов коммуникации адаптированных для их размещения.

29.08.2014г. ООО «Делфи-Холдинг» представило (вх.№8555) в Удмуртское УФАС России информацию, согласно которой Общество сообщает, что ООО «Делфи-Холдинг» осуществляло оказание услуг ООО «Домашние деньги» через партнера ЗАО «МегаЛабс» по договору на оказание услуг № 17/2013-ЛТ от 03.06.2013г. Согласно указанного договора, ЗАО «МегаЛабс» (Исполнитель) обязуется оказывать ООО «Делфи-Холдинг» (Заказчик) за вознаграждение услуги по размещению рекламно-информационных материалов с помощью каналов коммуникации сервиса «Мобильная реклама», согласно утвержденному Медиаплану.

К письму ООО «Делфи-Холдинг» так же были приложены следующие документы: копия договора № 69 от 31.13.2013г., копия акта выполненных услуг №51 от 31.07.2014г., копия договора № 17/2013-ЛТ от 03.06.2013г., копия акта № 1800002162 от 31.07.2014г., копия платежного поручения № 781 от 18.08.2014г., копия платежного поручения № 69267 от 26.08.2014г., копия доверенности № 77 АБ 3839045 от 18.07.2014г., письменные пояснения.

08.09.2014г. ЗАО «МегаЛабс» представило в Удмуртское УФАС России следующие

документы и информацию: копия договора №17/2013-ЛТ от 03.06.2013г., копия акта оказанных услуг, копия дополнительного соглашения № 30/4, копия доверенности.

Согласно представленной информации ЗАО «МегаЛабс» сообщает, что 03.06.2013г. Обществом был заключен договор № 17/2013-ЛТ с ООО «Делфи-Холдинг» об оказании рекламных услуг, в рамках которого Общество обязалось оказывать ООО «Делфи-Холдинг» услуги по размещению рекламно-информационных материалов в каналах коммуникации Оператора ОАО «Мегафон». Приложением № 5 к указанному договору были установлены параметры рекламной компании по рассылке сообщений, с текстом указанным в запросе, в том числе сведения о порядке выбора круга абонентов для осуществления рекламных рассылок.

Так же Общество сообщает, что заключает договора оказания услуг рекламных услуг с рекламодателями с целью проведения рекламных компаний среди абонентов Оператора на основании заключенного между ЗАО «МегаЛабс» и ОАО «Мегафон» дополнительного соглашения № 30/4 к Генеральному соглашению от 30.04.2010г. Данная рассылка происходила по базе Оператора, при этом непосредственным рекламораспространителем по сетям электросвязи в данных правоотношениях выступает ОАО «Мегафон», которое осуществляет формирование смс-сообщений и их направление абонентам.

При рассмотрении заявления и представленных документов установлено следующее.

22 июля 2014г. в 10 часов 14 минут на мобильный номер телефона заявителя (+79225016031) поступило рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Деньги на дом от ООО «Домашние деньги» 88005559886 Звонок бесплатный».

Согласно положениям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-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.

Исходя из представленной информации следует, что между ООО «Домашние деньги» и ООО «Делфи-Холдинг» заключен договор № 69 от 31.10.2013г., на основании указанного договора ООО «Делфи-Холдинг» предоставляет ООО «Домашние деньги» услуги по размещению рекламно-информационного материала ООО «Домашние деньги» с помощью каналов коммуникации сервиса «Мобильная реклама».

Между ООО «Делфи-Холдинг» и ЗАО «МегаЛабс» заключен договор № 17/2013-ЛТ от 03.06.2013г., согласно которому ЗАО «МегаЛабс» (Исполнитель) оказывает ООО «Делфи-Холдинг» (Заказчик) за плату, услуги по размещению рекламно-информационного материала с помощью каналов коммуникации оператора ОАО «Мегафон».

Между ЗАО «МегаЛабс» (Оператор) и ОАО «Мегафон» (Партнер) заключено Генеральное соглашение от 30.04.2010г. и дополнительное соглашение № 30/4 от 01.10.2013г., на основании дополнительного соглашения Оператор обязуется по заявке Партнера оказывать Партнеру услуги по распространению Мобильной рекламы и/или Информационных материалов Клиентов с помощью каналов коммуникации и посредством Платформы Партнера (согласно п. 1 дополнительного соглашения Платформа – это аппаратно-программный комплекс, принадлежащий ЗАО «МегаЛабс» и передаваемый ОАО «Мегафон» в аренду в соответствии с условиями Раздела XII Проект «Мобильная реклама и Информирование»), а Партнер оплачивает Услуги оператора согласно условия настоящего раздела XII «Проект Мобильная реклама и Информирование».

Таким образом, ОАО «Мегафон» посредством предоставления ему ЗАО «МегаЛабс» аппаратно-программного комплекса, осуществляло действия по формированию текста и рассылки 22 июля 2014г. в 10 часов 14 минут рассматриваемого смс-сообщения на телефонный номер заявителя +79225016031.

Исходя из заявления, гражданин не давал согласия на получение рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

Соответственно, распространение на номер телефона гражданина вышеуказанного смс-сообщения без предварительного согласия абонента имеет признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 настоящего закона.

По факту распространения данной рекламы, Удмуртским УФАС России определением от 22.09.2014г. было возбуждено дело № СЮ04-03/2014-168Р в отношении ОАО «Мегафон» (юридический адрес: 115035, г. Москва, Кадашевская наб., д. 30, ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» с привлечением к участию в деле в качестве заявителя – гражданина <...>, обратившегося в Удмуртское УФАС России с заявлением.

Рассмотрение дела было назначено на 21 октября 2014 года в 14 часов 00 минут. У лиц, участвующих в деле, запрошены необходимые документы и информация.

20.10.2014г. ОАО «Мегафон» представило в Удмуртское УФАС России следующие документы и информацию: копию устава ОАО «Мегафон», копию свидетельства о государственной регистрации юридического лица, копию свидетельства о постановке на налоговый учет, копию доверенности представителя, копию инфокарты абонента с номером +79225016031, копию условий оказания услуг связи «Мегафон», копию Дополнительного соглашения №30/4 к Генеральному соглашению от 30.04.2010г. с ЗАО «МегаЛабс», копию определения УФАС по Ростовской области от 24.04.2013г. о прекращении производства по делу №187/04, копию определения УФАС по Рязанской области от 19.06.2012г. по делу № 106/2012-

Р о прекращении производства по делу, копию акта по результатам внеплановой проверки Рязанского УФАС № 18 от 19.06.2012г., копию определения УФАС по Самарской области о прекращении производства по делу от 23.10.2012г., копию определения УФАС по Кировской области о прекращении производства по делу № 93 от 18.07.2012г.

Согласно представленным документам и информации ОАО «Мегафон» сообщает, что деятельность ОАО «Мегафон» и его взаимоотношениями с Абонентами регулируется нормами ГК РФ, Федеральным законом от 07.07.2013г. № 126-ФЗ «О связи», Правилами оказания услуг подвижной связи, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 25 мая 2005г. № 328 и договором, заключенным с абонентом.

Неотъемлемыми частями Договора об оказании услуг связи с абонентом, является инфокарта, Условия оказания услуг связи «Мегафон» и тарифный план, выбранный абонентом, дополнительные услуги, а также технические показатели и нормы, характеризующие качество телематических услуг связи и услуг связи по передаче данных, протоколы передачи данных, абонентские интерфейсы.

При заключении договора абонент, которому был выделен телефонный номер <...> , своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимся неотъемлемой частью договора, а также согласен на получение рекламы при использовании услуг.

Так же ОАО «Мегафон» пояснило, что в соответствии с п. 14.14.2 Условий оказания услуг связи, подписывая договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг, в соответствии с п. 14.15 условий оказания услуг связи, абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, следующими способами:

- путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления;
- путем проставления отметки «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.

Так же ОАО «Мегафон» сообщает, что до настоящего времени абонент, использующий абонентский номер <...> с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявления на отказ от получения рекламы, не совершал.

Таким образом, ОАО «Мегафон» полагает, что продолжая пользоваться услугами ОАО «Мегафон» и не направив в адрес Оператора в течение 10 дней после публикации новой редакции Условий своего отказа от изменения Условий, абонент своими конклюдентными действиями выразил согласие с действующей редакцией Условий, в том числе с п. 14.14.2 соответственно, смс-сообщение 22.07.2014г. в 10 часов 14 минут было направлено с согласия абонента.

На заседании Комиссии Удмуртского УФАС России 21 октября 2014 года представитель ОАО «Мегафон» - <...> по доверенности № 18 АБ 0485651 от 21.07.2014г., поддержал ранее представленную информацию (вх.№ 9733 от 06.10.2014г., вх. № 134ДСП от 23.09.2014г.).

Изучив материалы дела № СЮ04-03/2014-168Р, Комиссия Удмуртского УФАС России приходит к следующим выводам.

22 июля 2014г. в 10 часов 14 минут на мобильный номер телефона +79225016031 гражданина <...> от адресата «PROMO» поступило рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Деньги на дом от ООО «Домашние деньги» 88005559886 Звонок бесплатный».

Согласно п. 1) ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» реклама представляет собой информацию, распространяемую любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц, направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему, а также его продвижению на рынке.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Вышеуказанное сообщение, распространенное с помощью смс-рассылки, адресовано неопределённому кругу лиц (абонентам оператора сотовой связи «Мегафон»), направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (финансовые услуги ООО «Домашние деньги»), формирование и поддержание интереса к нему, его продвижению на рынке, следовательно, является рекламой.

Исходя из материалов дела Комиссией было установлено следующее:

Между ООО «Домашние деньги» (Заказчик) и ООО «ДЕЛФИ-ХОЛДИНГ» (Исполнитель) заключен договор на оказание услуг № 69 от 31.10.2013г. и приложения к нему. Согласно приложению № 6 к договору 69 от 31.10.2013г., Исполнитель обязуется в срок с 1 июня по 31 декабря размещать рассматриваемое рекламное смс-сообщение, в том числе в г. Ижевске (Удмуртская республика).

Между ООО «ДЕЛФИ-ХОЛДИНГ» и ЗАО МегаЛабс» заключен договор № 17/2013-ЛТ от 03.06.2013г. и приложения к нему, на распространение рекламной информации,

объектом продвижения в которой выступают финансовые услуги ООО «Домашние деньги», что подтверждается актом выполненных работ № 1800002162 от 31.07.2014г. и согласованным Медиапланом (приложение № 25 от 01.07.2014г. к договору № 17/2013-АТ от 03.06.2013г.).

Между ЗАО «МегаЛабс» и ОАО «Мегафон» заключено Генеральное соглашение от 30.04.2010г. и дополнительное соглашение к нему №30/4 от 01.11.2013г., в силу которого Оператор связи («Мегафон») по заявке Партнера (ЗАО «МегаЛабс») обязуется оказать Партнеру услуги по распространению мобильной рекламы с помощью каналов коммуникации.

Таким образом, именно ООО «Домашние деньги» является лицом, сформировавшим текст рассматриваемого смс-сообщения – рекламодатель. ООО «ДЕЛФИ-ХОЛДИНГ» и ЗАО «МегаЛабс» обеспечили перенаправление рекламного смс-сообщения Оператору связи (ОАО «Мегафон»), не осуществляя при этом непосредственного распространения рекламы.

Лицом, осуществившим распространение рекламы посредством смс-сообщения, выступил Оператор связи – ОАО «Мегафон».

Исходя из вышеизложенного ОАО «Мегафон» является рекламораспространителем рассматриваемого смс-сообщения, как лицо, осуществившее смс-рассылку данного сообщения 22.07.2014г. в адрес гражданина <...> на его телефонный номер <...> .

Согласно положениям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-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.

Заявителем указано о том, что предварительного согласия на получение рекламной информации от ОАО «Мегафон» им не предоставлялось.

ОАО «Мегафон» подтвердило в ответе на запрос Удмуртского УФАС России (вх. № 146ДСП от 20.10.2014г.) что рассылка смс-сообщения об услугах ООО «Домашние деньги» осуществлялась 22 июля 2014г. на номер телефона гражданина <...> <...>. При этом в качестве согласия на получение рекламы ОАО «Мегафон» ссылается на договор № 8443-1016/7 от 14.07.2005г., заключенного с гражданином <...>.

Как указывает ОАО «Мегафон», согласно п. 14.14., п.п. 14.14.2 Условий оказания услуг связи «Мегафон», являющихся неотъемлемой частью Договора, и

действовавших на момент заключения с гражданином <...> договора об оказании услуг связи, абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании Услуг связи, 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.

Данный пункт договора, по мнению Оператора связи, предусматривает получения согласия на распространение рекламы Абоненту, рекламодателем которой является ОАО «Мегафон», независимо от содержания такой рекламы и того, кто является рекламодателем – ОАО «Мегафон» или третьи лица.

При заключении договора Абонент своей подписью подтвердил, что он ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи, которые являются неотъемлемой частью Договора.

Несмотря на представленную Абоненту возможность, соответствующего письменного отказа от получения рекламной рассылки, от <...> в адрес ОАО «Мегафон» не направлялось.

При таких обстоятельствах, представитель ОАО «Мегафон» считает, что основания для привлечения ОАО «Мегафон» к ответственности за нарушение законодательства о рекламе отсутствуют.

Вместе с тем, Комиссия Удмуртского УФАС России пришла к выводу о том, что данное согласие Абонента не может быть признано надлежащим в рассматриваемых обстоятельствах в силу следующих обстоятельств.

В рассматриваемой ситуации, исходя из контекста п. 14.14., п.п. 14.14.2., п.п. 2.1.14. Условий оказания услуг к договору № 8443-1016/7 от 14.07.2005г., гражданин <...> выразил свое согласие на получение рекламы об Операторе связи, в частности Абонент согласен на получение рекламы при использовании услуг, то есть услуг связи и дополнительных услуг, оказываемых Оператором непосредственно или/и с привлечением третьих лиц, технологически неразрывно связанных с услугами связи и направленные на повышение их потребительской ценности.

Так же, согласно п. 1.2. Условий оказания услуг связи «Мегафон», являющейся неотъемлемой частью договора услуг связи, данными Условиями регулируются взаимоотношения только между Абонентом (гражданином <...>) и Оператором связи (ОАО «Мегафон»), таким образом Абонент дал свое согласие на получение рекламной информации об Операторе сотовой связи «Мегафон».

Рассматриваемая реклама, полученная гражданином <...>, не относится к рекламе Оператора сотовой связи «Мегафон», а направлена на привлечение внимания



гражданина к финансовым услугам ООО «Домашние деньги», на получение информации о деятельности которой, гражданин <...> своего согласия не давал.

Таким образом, представленная ОАО «Мегафон» информация не содержит подтверждения предварительного согласия <...> на получение рекламы от ООО «Домашние деньги».

Соответственно, распространение 22.07.2014г. на телефонный номер <...> гражданина <...> рекламного смс-сообщения от адресата «PROMO» следующего содержания: «Деньги на дом от ООО «Домашние деньги» 88005559886 Звонок бесплатный» без получения предварительного согласия абонента, является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 настоящего закона.

Таким образом, ОАО «Мегафон», являясь рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, нарушил требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

Поскольку, в Удмуртское УФАС России не были представлены доказательства прекращения нарушения законодательства о рекламе при распространении, рассматриваемого рекламного смс-сообщения, Комиссия Удмуртского УФАС России считает необходимым выдать ОАО «Мегафон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктами 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508, п. 3.58, 3.59 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23 ноября 2012 г. N 711/12, Комиссия Удмуртского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Деньги на дом от ООО «Домашние деньги» 88005559886 Звонок бесплатный», распространенную 22.07.2014 в 10 часов 14 минут от адресата «PROMO» в виде смс-рассылки на мобильный номер телефона гражданина <...>, ненадлежащей, нарушающей часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Признать ОАО «Мегафон» рекламораспространителем, нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

3. Выдать ОАО «Мегафон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела № СЮ04-03/2014-168Р уполномоченному должностному лицу Удмуртского УФАС России для возбуждения в отношении ОАО «Мегафон» и виновного должностного лица Общества производств дел об административных правонарушениях, предусмотренных частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>