РЕШЕНИЕ

по делу № 13-03-18-02/659

30 января 2014г. г. Волгоград

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии -– заместитель руководителя Управления Никуйко Ирина Борисовна,

Члены Комиссии - заместитель начальника отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Алимова Елена Владимировна,

- государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Краснова Татьяна Олеговна,

рассмотрев дело № 13-03-18-02/659, возбужденное в отношении ООО «Девино Телеком», ООО «МегаЛабс», ОАО «Мегафон», ООО «Адамас Ювелирторг» по признакам нарушения ч. 1 ст.18 Федерального закона Российской Федерации от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»),

с участием представителя ОАО «Мегафон» (доверенность от 14.06.2012, выдана на срок до 12.03.2015г.), иные лица, участвующие в деле, не явились, уведомлены о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области поступило заявление гр. Б. Н.А., связанное с рассылкой смс-сообщений рекламного характера от компании «Адамас». Заявитель утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок не оформлял.

Так, на абонентский номер Заявителя +7927… «23» августа 2013г. в 15 ч 23 мин от PROMO поступило смс-сообщение: «Обменяйте старое украшение на новое в АДАМАС! Принимаем золото 585 пробы по цене 1150 руб. за грамм с доплатой при обмене за новое изделие! Специальное предложение только до 25 августа в Волгограде! Подробности по 88002503344 и на adamas.ru».

К обращению были приобщены: - детализированная выписка от оператора связи, подтверждающая поступление SMS-сообщения рекламного характера: доказательства, подтверждающие факт получения SMS-рекламы на телефонный номер (фотографии экрана мобильного телефона с указанием текста рекламы и информации об отправителе, дата и время получения смс-сообщения), согласие

на обработку персональных данных.

Как было установлено антимонопольным органом, телефон «8 800 250 33 44», указанный в смс-сообщении, полученном гр. Б.А., указан как телефон поддержки клиентов на сайте «www.adamas.ru» (см. распечатки страниц с указанного сайта).

В рамках рассмотрения заявления Волгоградским УФАС России были направлены запросы, в том числе в адрес ОАО «Мегафон», ООО «Адамас-Ювелирторг».

Изучив имеющиеся материалы дела, выслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее.

Согласно п.п.1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемые смс-сообщения являются рекламой, поскольку отвечают всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Рекламная информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи, что делает информацию неперсонифицированной, при этом невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования.

Признавая рассматриваемое смс-сообщение рекламой, Комиссия Волгоградского УФАС России исходит также из условий заключенных договоров, регулирующих правоотношения сторон во поводу распространения рекламы компании «Адамас» …

В заключенных договорах и дополнительных соглашениях к ним используются термины «Рекламная кампания», «Мобильная реклама», «Рекламно-информационный материал» и т.д. (…)

Анализ указанных договоров позволяет сделать вывод о наличии между хозяйствующими субъектами отношений, направленных на распространение именно рекламы. При этом информация, представленная в полученном гр. Б.Н.А. смс-сообщении, не обращена к конкретному потребителю.

Согласно сведений, изложенных в письме ООО «Адамас-Ювелирторг» …, размещение рекламно-информационных материалов ООО «Адамас-Ювелирторг» производилось Исполнителем – ООО «Девино Телеком» в рамках договора на оказание услуг … от 23.03.2012г. и дополнительных соглашений к нему.

В частности, как указывает Общество, на основании …. к дополнительному соглашению № 1 к указанному договору, ООО «Девино Телеком» проводило размещение рекламного сообщения путем рассылки смс-сообщений абонентам

подвижной связи «Мегафон», в том числе в г. Волгограде с 20.08.2013г.

Обосновывая свою позицию, ООО «Адамас-Ювелирторг» ссылается на договор с оператором сотовой связи ОАО «Мегафон», заключая который абонент соглашается с Условиями оказания услуг связи, в том числе в соответствии с п. 14.14.2 и на получение рекламы при использовании услуг, а также на использование сведений об Абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке.

Материалами дела подтверждаются следующие обстоятельства:

- Между ООО «Адамас-Ювелирторг» (Заказчик) и ООО «Девино Телеком» (Исполнитель) заключен договор на оказание услуг …. Договором в п. 2. 1 конкретизировано, что перечень услуг, которые обязуется выполнить Исполнитель содержится в дополнительных соглашениях. ….

На распространение смс-сообщения от «Адамас» заключены договоры между ОАО «Мегафон» и ЗАО «МегаЛабс» (см. дополнительное соглашение …к генеральному соглашению от 30.04.2010г.), в силу которого Оператор связи обязуется по заявке Партнера оказывать услуги по распространению рекламы с помощью каналов коммуникаций. В свою очередь между ЗАО «МегаЛабс» и ООО «Девино Телеком» заключено соглашение на распространение рекламы, объектом продвижения в которой выступает «Адамас» (см. приложение № 36 ... к договору ….)

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункты 5, 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе»).

Т.О., ООО «Адамас Ювелирторг» является лицом, сформировавшим текст рекламы (рекламодателем). ООО «Девино Телеком», ЗАО «МегаЛабс» обеспечили перенаправление рекламного сообщения Оператору связи, не осуществляя непосредственно распространение рекламы, в связи с чем не выступают в рассматриваемой ситуации в качестве рекламораспространителей (см. письменные объяснения ЗАО «МегаЛабс» вх. № 397 от 21.01.2014г.)

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

ОАО «Мегафон» подтвердило в ответе на запрос антимонопольного органа за вх. № 8044 от 26.11.2013г., что рассылка смс-сообщений об услугах компании «Адамас» осуществлялась в августе для абонентов г. Волгограда. При этом в качестве согласия на получение рекламы ссылается на договор № 937… оказания услуг связи от …, заключенный с гр. Б. Н.А.

В письменных объяснениях, представленных в рамках рассмотрения дела № 13-03-18-02/659, Оператор связи указывает на следующие обстоятельства:

- рекламораспространителем рекламы, полученной 23.08.2013г. гр. Б. Н.А., является ОАО «МегаФон». Заказчиками данной рассылки являются третьи лица. В частности, между ОАО «МегаФон» и ЗАО «МегаЛабс» было заключено

дополнительное соглашение … к Генеральному соглашению … года, согласно которому Оператор (ОАО «МегаФон») обязуется по заявкам Партнера (ЗАО «МегаЛабс») оказывать Партнеру услуги по распространению рекламы Рекламодателей с помощью каналов коммуникации, а Партнер оплачивает услуги Оператора согласно условиям настоящего соглашения.

При этом, под рекламодателем в данном соглашении понимается юридическое лицо, заключившее с Партнером договор на размещение рекламы посредством сетей подвижной связи.

- 01.02.2013 г. между ЗАО «МегаЛабс» и ООО «Девино Телеком» был заключен договор № …., согласно которому ЗАО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «Девино Телеком», рекламодателю, услуги по размещению РИМ с помощью каналов коммуникации сервиса «Мобильная реклама».

- согласно п. 5.4.1. дополнительного соглашения … к Генеральному соглашению …, заключенному между ОАО «МегаФон» и ЗАО «МегаЛабс», Оператор вправе отказать Партнеру в размещении Мобильной рекламы в случае, если не получено или отозвано согласие Абонента на получение рекламы.

- рассылка рекламы Заказчика осуществляется силами ОАО «МегаФон», которое как рекламораспространитель, самостоятельно получает согласие с абонента. ОАО «МегаФон» полагает, что как Оператор, объективно располагало согласием гр. Б.М.А. на получение им рекламных сообщений.

Между ОАО «МегаФон» и гр. Б. М.А. был заключен договор об оказании услуг связи № 937… от … года, в рамках которого изначально был выделен абонентский номер <...> …, который впоследствии был заменен по устному заявлению абонента на номер <...> ….

Как указывает ОАО «Мегафон», согласно п.п. 14.14., 14.14.2., Условий оказания услуг связи «МегаФон», являющимися неотъемлемой частью договора, и действовавших на момент заключения гр. Б. М.А. договора 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.

Данный пункт договора, по мнению Оператора связи, предусматривает получение согласия на рекламу, рекламораспространителем которой является ОАО «МегаФон», независимо от содержания такой рекламы и того, кто является рекламодателем - само 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 предоставленную Абоненту возможность, соответствующего письменного отказа от получения рекламной рассылки письменный отказ от получения рекламы от него в адрес Оператора не направлялся.

ОАО «МегаФон» полагает, что на момент осуществления рекламной рассылки от ООО «Девино Телеком», объективно располагало согласием абонента Б.М.А. на

получение рекламы, которое не было отозвано на момент получения рекламного сообщения.

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

Однако Комиссия Волгоградского УФАС России пришла к выводу о том, что данное согласие не может быть признано надлежащим в рассматриваемых обстоятельствах в силу следующих обстоятельств.

ФЗ «О рекламе» установил принципы государственной политики в области рекламы, особенности отдельных способов распространения рекламы, в том числе распространения рекламы по сетям электросвязи.

Одной из целей Закона является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы (ст. 1 ФЗ «О рекламе»). Закон направлен на предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Регулирование отношений, возникающих в сфере распространения рекламы должно учитывать новые реалии, тенденции и особенности современного состояния рекламного рынка, обеспечивать эффективный баланс интересов потребителей рекламы, заказчиков рекламы, рекламопроизводителей и рекламораспространителей, а также государства.

Законодатель, стремясь учесть интересы всех слоев населения, наряду с дозволительными нормами закрепил определенное количество и запретительных норм.

Потребности современного человека в товарах и услугах растут, и реклама является своеобразным ориентиром, при помощи которого потребитель сможет принять правильное решение и выбрать правильное направление в поиске нужного товара.

Кроме нормативно-правовых актов, обязательных для исполнения практически в любой сфере деятельности, в том числе и в рекламной, существуют общепризнанные нормы, не являющиеся законодательными, но тем не менее принимаемые как основа корректного поведения в данной области. Таким является Международный кодекс рекламной практики Международной торговой палаты.

Международный кодекс рекламной практики Международной торговой палаты подразумевает следование не только своей букве, но и духу. В документе определены основные принципы рекламной деятельности:

1) вся реклама должна быть законной, пристойной, честной и достоверной;

2) всякая реклама должна разрабатываться с высокой степенью ответственности перед обществом и соответствовать принципам добросовестной конкуренции, общепринятым в коммерческой деятельности;

3) никакая реклама не должна дискредитировать рекламную деятельность в

глазах общества.

Международный кодекс рекламной практики Международной торговой палаты содержит основные правила, соблюдение которых, по мнению Международной торговой палаты, должно обеспечить справедливый баланс между интересами коммерческих организаций и потребителей. В частности, в данном документе указано, что реклама не должна злоупотреблять доверием потребителя и недостатком у него опыта или знаний.

Работа в сфере рекламы с нарушением элементарные этических норм подрывает сам институт рекламы, превращая ее из стимулирующего механизма в отталкивающий.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ от 07.07.2003 № 126-ФЗ "О связи" под электросвязью понимаются 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.

В части 1 ст. 18 приводится определенный перечень видов электросвязи, на распространение рекламы посредством которых распространяются положения комментируемой части, - телефонная, факсимильная, подвижная радиотелефонная связь, однако данный перечень не является закрытым.

SMS (от английского Shot Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны.

Поскольку технология sms предполагает использование электросвязи, распространение рекламы при помощи данной технологии регулируется статьей 18 ФЗ «О рекламе».

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 ФЗ «О связи», - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона РФ от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат - это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата.

Только в случае, если поставщик услуг связи при заключении договора с абонентом получил согласие последнего на получение любой рекламной информации, то такое согласие может рассматриваться как предварительное согласие абонента на получение рекламы, предусмотренное частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В рассматриваемой ситуации, исходя из контекста договора на оказание услуг связи, гр. Б. Н.А. выразил свое согласие на получение рекламы об Операторе связи, в частности в договоре № 937…. от … указано, что Абонент …согласен на получение рекламы при использовании услуг, т.е. услуг связи и дополнительных услуг, оказываемых Оператором непосредственно и/или с привлечением третьих лиц, технологически неразрывно связанных с услугами связи и направленные на повышение их потребительской ценности (см. …Условий оказания услуг связи «Мегафон»).

Кроме того, согласно п. 1.2. Условий оказания услуг связи «Мегафон», являющихся неотъемлемой частью договора услуг связи, данными Условиями регулируются взаимоотношения только между Абонентом (гр. Б.Н.А.) и Оператором связи (т.е., ОАО «Мегафон»). Т.Е. Абонент дал свое согласие на получение вполне определенной рекламы от определенного лица.

Реклама, полученная гр. Б.Н.А., не является рекламой Оператора связи, на получение которой и выразил свое согласие Абонент, а вполне определённо отсылает к компании «Адамас», на получение информации о деятельности которой гражданин своего согласия не выражал.

Т.О., представленные хозяйствующими субъектами сведения не содержат подтверждения получения предварительного согласия на получение гр. Б. Н.А. рекламы компании «Адамас».

В соответствии с п.4 ст.3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. В соответствии с п. 7 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ о рекламе. Рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в частях 6 и 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе», в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Признаки нарушения законодательства о рекламе в действиях ООО «Адамас-Ювелирторг», ООО «Девино Телеком» и ЗАО «МегаЛабс» в рамках рассмотрения дела № 13-03-18-02/659 не подтвердились.

Нарушение рекламодателями, рекламораспространителями, рекламопроизводителями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч.4 ст. 38 ФЗ «О рекламе» влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В материалы дела Заявителем представлена копия письма от 08.10.2013г. в адрес ОАО «Мегафон» с просьбой исключить телефонный номер <...> … из списка номеров для рекламных рассылок. Однако на момент рассмотрения дела сведений о прекращении рекламных смс-рассылок в адрес гр. Б. Н.А. ОАО «Мегафон» не представлены.

В связи с изложенным Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о наличии оснований для выдачи ОАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Рассматриваемая реклама от PROMO «Обменяйте старое украшение на новое в АДАМАС! Принимаем золото 585 пробы по цене 1150 руб. за грамм с доплатой при обмене за новое изделие! Специальное предложение только до 25 августа в Волгограде! Подробности по 88002503344 и на adamas.ru», поступившая «23» августа 2013г. в 15 ч 23 мин посредством смс-сообщения на абонентский номер <...> …. (г. Волгоград), является ненадлежащей, поскольку распространялась с нарушением требований, закрепленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь п. 1 ч. 2 ст.33, ч.1 ст.36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу компании «Адамас» от PROMO: «Обменяйте старое украшение на новое в АДАМАС! Принимаем золото 585 пробы по цене 1150 руб. за грамм с доплатой при обмене за новое изделие! Специальное предложение только до 25 августа в Волгограде! Подробности по 88002503344 и на adamas.ru», поступившую «23» августа 2013г. в 15 ч 23 мин через смс-сообщение на абонентский номер Заявителя 892…, ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

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

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Резолютивная часть решения оглашена 17 января 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 30 января 2014г. Решение может быть обжаловано в

арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.