

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-98-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 27 ноября 2014 года

Решение изготовлено в полном объеме 11 декабря 2014 года
г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия, Тверское УФАС России) в составе:

Председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,
члены Комиссии:

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

Иванова Ю.Б., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

Грицай Г.В., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-98-2014,

в присутствии представителя ОАО «МТС»: <***> (по доверенности от 18.07.2014 № <***>),

в отсутствие надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела <***>, а также представителей ООО «Велти Мобильные Маркетинговые Технологии» (далее – ООО «Велти ММТ»),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 04-6/2-98-2014 возбуждено 29.10.2014 по заявлению <***> (далее также заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 26.07.2014 в 12:20 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: *«1.500.000 победителей с МТС! Выигранные призы: 1.000.000 рублей, Apple, Iphone, подарочные сертификаты и др. Пополните Ваш счет – и Вы тоже можете выиграть ценный приз!Инфо:mln.mts.ru (трафик по тарифу)»*, отправитель – 3737.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Статьей 3 Закона о рекламе предусмотрено, что 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 N 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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Распространенная на номер заявителя информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, неперсонифицированную, и направленную на привлечение внимания к услугам ОАО «МТС», что имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению. Объектом рекламирования в данном случае является проводимый ОАО «МТС» совместно с ООО «Велти ММТ» смс-конкурс «Стань миллионером с МТС».

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу

товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

Согласно письму ОАО «МТС» от 28.01.2014 № И08/0011 отправителем спорного смс-сообщения на выделенный заявителю телефонный номер <***> является непосредственно ОАО «МТС», которое в соответствии с пунктом 2.2 договора № <***> с ООО «Велти ММТ» обеспечивает проведение рекламной SMS-рассылки о Сервисе ООО «Велти ММТ».

Условия проводимого SMS-конкурса «Стань миллионером с МТС» размещены на официальном сайте ОАО «МТС» <https://mln.mts.ru/client/web/terms>. Согласно размещенным условиям, организатором SMS-конкурса является ООО «Велти ММТ». Вышеназванный конкурс проводится с 20.06.2014 по 20.11.2014; срок для выдачи призов – с 20.06.2014 по 20.01.2015. Участником SMS-конкурса может стать любой абонент ОАО «МТС», владеющий на законных основаниях номером мобильного телефона, зарегистрированным на территории проведения конкурса, физическое лицо, достигшее 18 – летнего возраста.

При этом круг лиц, до которых было доведено смс-сообщение о Конкурсе, был определен ОАО «МТС» по следующим критериям:

1. Данную рассылку получили абоненты ОАО «МТС», которые на законных основаниях владеют номером мобильного телефона;
2. Абоненты должны быть зарегистрированы на территории проведения Конкурса;
3. Абоненты должны быть гражданами Российской Федерации, физические лица, достигшие 18 лет;
4. Абонент, на лицевого счете которого зарегистрирован один номер мобильного телефона, и который должен обслуживаться на тарифных планах: Супер МТС, Супер Ноль, Супер Ноль-архив, RED, RED Energy, RED NEW, RED_Text, Smart, MAXI, Smart mini, Smart+ сроком более 60 дней.

В пояснениях ОАО «МТС» (письмо от 20.11.2014 б/н) изложен механизм проведения акции, который заключается в том, что, пополнив счет своего мобильного телефона на любую сумму, абонент получает SMS - сообщение о выигрыше приза. Для получения приза необходимо совершить следующее действие:

- отправить бесплатное SMS с кодовым словом «Да» (или DA) на короткий бесплатный номер <...> или получить приз, нажав кнопку «получить приз» на сайте <https://mln.mts.ru>.

Чтобы отказаться от участия в конкурсе, необходимо отправить SMS с текстом «СТОП» или «STOP» на номер <...> .

Отправка рекламных сообщений осуществляется специалистом ОАО «МТС» через коммутационное оборудование на мобильные устройства Абонентов.

Документ, свидетельствующий о согласии <***> на распространение рекламы о рекламной акции ОАО «МТС», отсутствует.

ОАО «МТС» при изложении своей позиции в рамках настоящего дела не признает

рекламой направленные 26.07.2014 в 12:20 на выделенный заявителю телефонный номер <***> смс-сообщение, поскольку оно направлялось определенному кругу лиц, целью смс-конкурса являлось поощрение абонентов ОАО «МТС» за пользование услугами подвижной связи ОАО «МТС» и для участия в проводимом конкурсе не требуется направлять платное смс-сообщение.

Однако и содержание рекламы, и порядок ее распространения подтверждают, что информация не носила персонализированный характер, а перечень получателей заранее не определялся ОАО «МТС», смс – сообщения направлялись всем Абонентам последнего, выбравшим определенный Тарифный план и оплатившим услуги связи в период действия рекламной акции, то есть выбор получателя определен не волей ОАО «МТС», а действиями самого Абонента, что подтверждает распространение рекламы заранее неопределенному кругу лиц.

Следовательно, распространяемая среди абонентов ОАО «МТС» информация отвечает понятию реклама и при ее распространении должны соблюдаться требования Закона о рекламе.

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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателей.

В пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ указано следующее: «Согласно части 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 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 рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Телефонный номер заявителя <***> закреплен за оператором связи ОАО «МТС»,

согласно информации которого 22.10.2012 между <***> и ОАО «МТС» заключен договор на оказание услуг подвижной связи. ОАО «МТС» полагает, что наличие в пункте 7.6 Правил оказания услуг связи «МТС» положения о том, что, заключая договор, Абонент тем самым подтверждает ознакомление и согласие с вышеуказанными Правилами, является доказательством наличия согласия Абонента <***> на получение рекламной информации ОАО «МТС».

В соответствии с Правилами оказания услуг связи ОАО «МТС» (в редакции от 22.02.2011), Абонент вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда необходимость такого согласия/отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе. Если Абонент не выразил своего несогласия, согласие считается оформленным путем подписания Договора. При этом отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, оформляется путем подачи Абонентом Оператору письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью Договора, либо иным способом, установленным Оператором. Такой отказ действует с момента его получения Оператором (п. 7.6 Правил МТС в редакции на момент заключения договора).

ОАО «МТС» также указало, что на телефонный номер заявителя <***> был установлен «Запрет СМС с сайта МТС», «Запрет приема СМС с целевыми предложениями МТС» и «Запрет приема информационных СМС и СМС/ММС с сайта МТС». Отправка вышеуказанного смс - сообщения вызвана техническим сбоем в работе программного обеспечения, в результате которого список абонентских номеров, по которым назначены указанные выше запреты, не был сформирован корректно, вследствие этого абонентский номер <***> не вошел в данный список и направление рекламных сообщений на его номер было возобновлено в июле 2014 года. ОАО «МТС» также отметило, что сбой в работе программного обеспечения устранен и направление рекламных сообщений на данный момент заявителю прекращено.

Материалами дела подтверждается, что 22.10.2012 между абонентом <***> и ОАО «МТС» заключен договор о предоставлении услуг связи МТС. Вышеуказанным договором предусмотрено следующее: «При подписании настоящего Договора Абонент подтверждает свое ознакомление и выражает безусловное согласие с Правилами оказания услуг связи МТС, являющимися неотъемлемой частью настоящего Договора. Данные Правила и условия указанного ниже тарифного плана Абоненту известны и понятны. Тарифный план Абонентом получен».

Согласно приказу ОАО «МТС» от 04.04.2012 № 01/0104П «О внесении изменений в Правила оказания услуг связи «МТС и бланк договора о предоставлении услуг связи МТС» (далее – Приказ) Правила оказания услуг связи МТС переименованы в Условия оказания услуг подвижной связи МТС (далее – Условия оказания услуг). Пункт 7.6 Условий оказания услуг предусматривает следующее: абонент вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия/отказа предусмотрена действующими нормативными-правовыми актами. Если Абонент не выразил своего несогласия, согласие считается оформленным путем подписания Договора. Отказ от возможности получения

рекламы, распространяемой по сетям связи, оформляется путем подачи Абонентом Оператору письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью Договора, либо иным способом, установленным Оператором. Такой отказ действует с момента его получения Оператором.

Пунктом 3 Приказа также предусмотрено, что была изменена редакция договора о предоставлении услуг связи МТС. При этом новая, утвержденная вышеуказанным Приказом форма договора, в отличие от предыдущего, содержит возможность получения от абонента как согласия на получение рекламы, распространяемой по сетям связи, которая реализуется посредством незаполнения пустого квадрата, так и отказа от рекламы путем заполнения пустого квадрата.

Форма предложенного для подписания <***> договора не соответствует требованиям пункта 3 Приказа, поскольку в нем отсутствует вариативность поведения Абонента. При этом сам договор, подписанный <***>, не содержит однозначного утверждения о том, что абонент согласен на получение рекламной информации каким-либо конкретным способом. Таким образом, факт подписания договора, в котором выражается согласие с Правилами (Условиями оказания услуг) не позволяет его идентифицировать как согласие на получение рекламы.

Законом о рекламе предусмотрена обязанность рекламораспространителя по получению предварительного согласия абонента на получение рекламы путем смс – сообщений и такое согласие не может быть заменено ознакомлением с Условиями оказания услуг связи МТС, при этом ОАО «МТС» не представило доказательств наличия безусловного согласия заявителя на получение рекламы путем смс-сообщений.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель, которым, согласно статье 3 Закона о рекламе, признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, действия ОАО «МТС» по распространению 26.07.2014 в 12:20 на телефонный номер <***> рекламного смс – сообщения рекламы следующего содержания: «1.500.000 победителей с МТС! Выигранные призы: 1.000.000 рублей, Apple, Iphone, подарочные сертификаты и др. Пополните Ваш счет – и Вы тоже можете выиграть ценный приз!Инфо:mln.mts.ru (трафик по тарифу)», осуществлены без предварительного согласия абонента и нарушают требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1 и 2 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, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «1.500.000 победителей с МТС! Выигранные призы: 1.000.000 рублей, Apple, Iphone, подарочные сертификаты и др. Пополните Ваш счет – и Вы тоже можете выиграть ценный приз!Инфо:mln.mts.ru (трафик по тарифу)», распространенную 26.07.2014 в 12:20 на телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ОАО «МТС» (ИНН 7740000076) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ОАО «МТС» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы смс-конкурса «Стань миллионером с МТС».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренного 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.

Председатель Комиссии: Л.В. Посохова

Члены Комиссии: Е.И. Манюгина, Ю.Б. Иванова, Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ № 04-6/2-98-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

11 декабря 2014 г.
г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

Иванова Ю.Б., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

Грицай Г.В., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 11.12.2014 по делу № 04-6/2-98-2014 о признании ненадлежащей рекламы «1.500.000 победителей с МТС! Выигранные призы: 1.000.000 рублей, Apple, Iphone, подарочные сертификаты и др. Пополните Ваш счет – и Вы тоже можете выиграть ценный приз!Инфо:mln.mts.ru (трафик по тарифу)», отправитель – 3737, посредством смс – сообщения, направленной 26.07.2014 в 12:20 на телефонный номер <***> без предварительного согласия абонента, 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 органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе](#), утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ОАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4, ИНН 7740000076) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: **прекратить распространение рекламных смс-сообщений SMS-конкурса «Стань миллионером с МТС»** на телефонный номер <***> и при распространении рекламы посредством смс – сообщений на телефонный номер <***> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ОАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4, ИНН 7740000076) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 30.01.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ФАС России вправе в соответствии с [пунктом 2.4 статьи 19.5](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном [статьей 198](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не

приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии: Л.В. Посохова

Члены Комиссии: Е.И. Манюгина, Ю.Б. Иванова, Г.В. Грицай