

«05» марта 2015 г. г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Климкиной,

членов Комиссии – П.В. Олейника, А.И. Кладочной,

рассмотрев дело № 3-18-132/77-14 в отношении ОАО «МТС» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившего 06.08.2014 в 19:54, отправитель: «МТС», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимися в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ОАО «МТС» в лице (...) (по доверенности № 0168/15 от 12.07.2014),

в присутствии (...) лично и его представителя в лице (...) (по доверенности от 16.01.2015),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-132/77-14 возбуждено в отношении ОАО «МТС» на основании обращения (...) (вх. № 29636 от 13.08.2014), по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившего 06.08.2014 в 19:54, отправитель: «МТС».

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

ОАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027700149124 ИНН 7740000076, КПП 770901001.

Согласно материалам дела № 3-18-132/77-14 на номер телефона (...) 06.08.2014 в 19:54 поступила реклама следующего содержания: «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).».

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 29636 от 13.08.2014).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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 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 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что в целях стимулирования абонентов ОАО «МТС» пользоваться услугами подвижной связи, предоставляемых ОАО «МТС», проводился конкурс «Стань миллионером с МТС».

Исходя из содержания информации, поступившей на телефонный номер (...), установлено, что рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания к конкурсу «Стань миллионером с МТС».

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщений следующего содержания: «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс

стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания к конкурсу «Стань миллионером с МТС» и признана Комиссией Московского УФАС России 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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.

Московским УФАС России у ОАО «МТС» было запрошено подтверждение согласия абонента на получения рекламных сообщений.

ОАО «МТС» документы, подтверждающие наличие согласия Мельницкого С.Г. на получение рекламы в форме прямого подтвержденного волеизъявления по сетям электросвязи, не представило.

В обоснование наличия согласия (...) на получение рекламных сообщений от ОАО «МТС» заявлены следующие доводы.

Согласно письменным пояснениям, представленным ОАО «МТС» в Московское УФАС России, договор об оказании услуг связи между (...) и ОАО «МТС» был заключен 17.10.2010. В рамках указанного договора, был выделен (...) телефонный номер (...).

Договор об оказании услуг связи ОАО «МТС» включает в себя единые условия для всех абонентов.

Текст условий оказания услуг связи МТС (далее — Правила МТС) является публичной офертой и находится в общем доступе.

Пунктом 7.6 Правил МТС, действовавших на момент распространения рекламы, предусмотрена возможность абонента выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, путем направления оператору соответствующего письменного уведомления. При этом, заключая договор, абонент выражает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

С даты заключения договора, а именно с 17.10.2010, (...) не обращался в адрес ОАО «МТС» с письменным уведомлением, которым бы он отказывался от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи. Следовательно, по мнению ОАО «МТС», (...) выразил оператору связи свое безусловное согласие на получение рекламы, распространяемой по сетям связи, на момент поступления данных СМС-сообщений.

Вместе с тем, данный довод Московским УФАС России признан несостоятельным в связи с нижеследующим.

ОАО «МТС» не представлен ни один документ, из которого следует, что (...) выражено безусловное согласие на получение рекламы от ОАО «МТС», в том числе, не представлен ни один договор, заключенный с (...), содержащий положение о согласии на получение рекламы. В частности, представленный договор от 31.05.1999 (заявителем использовались несколько абонентских номеров ОАО «МТС») не содержит положений в силу которых (...) выражено согласие на получение рекламы, а представленные ОАО «МТС» Правила не позволяют установить факт ознакомления (...) с указанными правилами.

Таким образом, документально подтвержденное согласие (...) на получение рекламы по сетям электросвязи отсутствует. Комиссии представляется очевидным, что то или иное содержание Правил оказания услуг связи, действовавших на момент заключения договора с оператором связи, не может служить единственным и безусловным подтверждением надлежащей идентификации рекламополучателя и подтверждения его волеизъявления на получение рекламы, учитывая отсутствие документов и сведений, подтверждающих факт и способ заключения договора с абонентом и его содержание, способ оказания услуг связи и иные существенные обстоятельства начала правоотношений между абонентом и оператором, а также их течение до момента получения рекламы,

Также, Комиссией Московского УФАС России установлено, а в материалы дела 3-18-132/77-14 представлены доказательства, о

перенесении абонентского номера (...) от оператора ОАО «МТС» к оператору ОАО «Мегафон».

Согласно данному заявлению, (...) выразил желание на односторонний отказ от исполнения и расторжении договора на оказание услуг связи с оператором-донором в отношении указанного номера.

Согласно пункту 18.2 Правил МТС, с момента отказа абонента от исполнения договора или расторжения договора по другим основаниям, обязательства сторон считаются прекращенными за исключением обязательств абонента. Связанных с оплатой оказанных, но не оплаченных на момент расторжения договора услуг.

Таким образом, (...), подписывая договор об оказании услуг связи с ОАО «Мегафон», а также заявление о перенесении абонентского номера, отказывается от исполнения договора с ОАО «МТС».

Согласно заявлению о перенесении абонентского номера, дата и время начала оказания услуг оператором ОАО «Мегафон 16.05.2014.

Рассматриваемое СМС-сообщение поступило [06.08.2014](#) в 19:54, таким образом, на дату направления спорного СМС-сообщения, ОАО «МТС» не вправе было направлять рекламное сообщение в связи со следующим.

Пункт 1.1 Правил МТС прямо указывает, что данные условия регулируют отношения между операторами и абонентом по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи, телематических услуг связи, услуг связи по передаче данных, оказываемых с использованием сети подвижной связи, а также иных сопряженных с ними услуг (сервисное, информационно-справочное обслуживание, услуги местной телефонной связи с предоставлением дополнительного абонентского номера без организации абонентской линии, доступ к услугам контент-провайдеров и др.).

По мнению Комиссии Московского УФАС России, в том случае, если ОАО «МТС» намеревался получить (и считает полученным) согласие абонента с помощью вменения ему обязательных правил оказания услуг связи, априори содержащих согласие на получение рекламы, то и прекращение регулирования отношений между оператором и абонентом по данному абонентскому номеру влечет недействительность таких правил в отношении такого номера в полном объеме, за исключением довыполнения сторонами принятых на себя обязательств.

При этом, ни при каких обстоятельствах получение рекламы по сетям электросвязи не может являться обязанностью абонента, а равно неисполненной перед оператором связи обязанностью, поводом к прекращению которой может послужить только письменный отказ от получения рекламы.

Суждение ОАО «МТС» о том, что такое согласие, описанное в пункте 7.6 Правил, является одномоментным и далее действует бессрочно, в независимости от действия и действительности самих Правил, является недобросовестным и не соответствует вышеизложенным обстоятельствам.

Также необходимо отметить следующее. Согласно пункту 32 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Очевидно, что действия оператора связи по распространению рекламных сообщений на номера обслуживаемых им абонентов, не являются услугами связи и требуют дополнительного волеизъявления абонента, выраженного в форме согласия.

Включение в правила оказания услуг подвижной связи положений, по своей природе отличающихся от природы самого договора, пусть и публичного, без получения прямого согласия лица на такие изменения, является выгодным для ОАО «МТС», так как позволяет Обществу распространять рекламу оказываемых им возмездных услуг по предоставлению информационно значимого контента и тем лицам, которые при добросовестной деятельности ОАО «МТС» отказались бы от получения такой рекламы.

Так в рассматриваемом случае ОАО «МТС» создает условия, при которых своими действиями лишает абонента возможности пользоваться законодательно установленной защитой от получения рекламной корреспонденции в отсутствие прямого на то волеизъявления, одновременно вынуждая его дополнительно совершать действия для получения такой рекламы, а именно отзываться согласием, которое он фактически не выражал.

Указанные действия рассматриваются Комиссией Московского УФАС как злоупотребление ОАО «МТС» своим положением оператора связи и как направленные на обеспечение формального соблюдения требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного, в действиях ОАО «МТС» при распространении рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившей 06.08.2014 в 19:54 на телефонный номер (...) с номера «МТС», установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 17.10.2013 в 09:58 рекламного

конкурса «Стань миллионером с МТС», на номер телефона (...) от отправителя «МТС», с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель является лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

СМС-сообщение «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).» поступило с номера ОАО «МТС», данный факт подтверждается детализированной выпиской, предоставленной ОАО «МТС» в материалы дела, а также не отрицалось представителем ОАО «МТС» в ходе рассмотрения дела № 3-18-132/77-14.

На основании изложенного, ОАО «МТС» является рекламодателем рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившей 06.08.2014 в 19:54 от отправителя «МТС».

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Целью выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе помимо пресечения выявленного нарушения является предупреждение аналогичных правонарушений в будущем.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рекламы абоненту-заявителю на номер (...), ОАО «МТС» не представлено.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ОАО «МТС» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение рекламы 06.08.2014 в 19:54 на номер телефона (...) от отправителя «МТС» следующего содержания: «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер <...> до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ОАО «МТС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном 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.