

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №06-ФАС22-Р/01-15

27 февраля 2015 г.

г.

Барнаул

Резолютивная часть решения объявлена 26 февраля 2015 года.

Решение изготовлено в полном объеме 27 февраля 2015 года.

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии:

К<...>,

члены Комиссии:

Б<...>,

Б<...>,

рассмотрев дело №06-ФАС22-Р/01-15 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения ОАО «Мобильные ТелеСистемы» (далее-ОАО «МТС») посредством SMS сообщения на мобильный телефон рекламы с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»,

с участием представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ОАО «МТС» - К<...>,

в отсутствие представителя заинтересованного лица ООО «Стрим»,

в отсутствие заявителя,

УСТАНОВИЛА:

в управление Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю поступило обращение гражданина о получении на мобильный телефон номер <...> рекламы следующего содержания: «В Детском мире суперакция 4=2 до 30.11.14! Купите 2 вещи из одежды и обуви и еще 2 получите в подарок! Подробности: <http://r.mts.ru/detmir>» (28.11.2014г. 10:20 мск.).

На заседании Комиссии представитель ОАО «МТС» пояснила, что согласие заявителя получено, так как он является участником бонусной программы и в его личном кабинете указано, что он подписан на получение рекламы, в том числе посредством смс-сообщений. Кроме того, при подписании договора об оказании услуг связи абонент автоматически присоединяется к Правилам, согласно которым если абонент не представил отказа от получения рекламы-согласие считается надлежаще полученным. Заявитель отозвал согласие уже после отправки ему рассматриваемого сообщения. Также сообщила, что критерии выбора абонентов для отправки сообщений определяет ООО «Стрим»,

следовательно, ОАО «МТС» не является рекламодателем данной рекламы.

Комиссия, изучив материалы дела и исследовав доказательства по делу, заслушав доводы стороны и дав им надлежащую оценку, пришла к следующим выводам.

На основании ст.3 Федерального закона «О рекламе», 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. Распространяемая посредством смс-сообщения рекламная информация об акции магазина «Детский мир» соответствует легальному определению понятия «реклама».

Согласно ст. 18 Федерального 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.

Заявитель указывает, что не давал согласия на получение посредством смс-сообщения рассматриваемой рекламы.

На запрос антимонопольного органа оператор мобильной связи ОАО «МТС» пояснило, что рассматриваемое сообщение поступило заявителю от абонента 3737 посредством СМС-центра ОАО «МТС» <...>. СМС-центр-это программно-аппаратный комплекс, предназначенный для приема, регистрации и пересылки коротких сообщений. СМС-центр имеет собственный уникальный идентификатор-номер <...> Основной функцией СМС-центра является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки СМС-сообщений. Сообщение «В Детском мире суперакция 4=2 до 30.11.14! Купите 2 вещи из одежды и обуви и еще 2 получите в подарок! Подробности: <http://r.mts.ru/detmir>» отправлено в рамках договора №D130524209 от 14.02.2014 г., заключенного между ОАО «МТС» (Исполнитель или Оператор) и ООО «Стрим» (Заказчик). Предметом договора является оказание Исполнителем Заказчику услуги «Мобильная реклама». Услуга «Мобильная реклама» - это услуга для партнеров МТС по размещению РИМ на каналах коммуникации с абонентами. РИМ (рекламно-информационные материалы) - информация, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставленная Заказчиком, предназначенная для размещения Оператором с помощью каналов коммуникации услуги «Мобильная реклама» согласно утвержденной сторонами заявке. В соответствии с п.2.4 договора заявка может быть подана Заказчиком по электронной почте или при помощи автоматизированного интерфейса. Заказчик под своим логином и паролем заходит в личный кабинет и составляет заявку. В заявке указываются параметры размещения РИМ, в том числе периоды рассылки, затем заявка отправляется на согласование Исполнителю. После согласования Исполнителя заявка считается утвержденной к исполнению.

Согласно указанному договору, дополнительному соглашению к нему и приложению критерии таргетинга выбирает Заказчик. Таргетинг - это заданные заказчиком критерии, по которым производится выбор абонента для получения РИМ с целью повышения эффективности мобильной рекламы. Целевая аудитория не включает в себя абонентов, установивших запрет на получение мобильной рекламы. В соответствии с п.6.11 договора Исполнитель несет полную ответственность за распространение РИМ только тем физическим или юридическим лицам, с которым заключен договор на услуги связи Оператора и которые не отозвали своего согласия на получение рекламы третьих лиц, распространяемой Исполнителем.

ООО «Стрим» на запрос антимонопольного органа пояснило, что в личном кабинете указывает требуемый объем услуг, текст рекламы, период оказания услуг и критерии отбора абонентов, которым должно быть направлено рекламное сообщение (по полу, возрасту, месту нахождения и т.д.), Общество не указывает телефонные номера абонентов в заявке. На основании указанной заявки ответственный сотрудник ОАО «МТС» осуществляет выборку абонентов, отвечающих указанным в заявке критериям и давшим согласие на получение рекламных сообщений, и обеспечивает рассылку на телефонные номера таких абонентов рекламных сообщений. Информацией о телефонных номерах абонентов, которым были направлены рекламные сообщения, ООО «Стрим» не владеет.

ОАО «МТС» также сообщило, что подписанием абонентского договора заявитель присоединился к правилам оказания услуг связи МТС, выразив безусловное согласие с данными Правилами. В настоящее время Правила оказания услуг связи МТС действуют в редакции Условий оказания услуг подвижной связи МТС (далее по тексту-Условия). Согласно п.7.6. Условий абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы от Оператора и/или его партнеров, 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 предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами. Абонент вправе отозвать свое согласие. Заявителем согласие было отозвано 04.12.2014г., а рассматриваемое сообщение отправлено 28.11.2014г. Таким образом, ОАО «МТС» полагает, что согласие абонента было получено. Однако, ни в абонентском договоре, ни в Условиях такое согласие не выражено надлежащим образом.

ОАО «МТС» указывает, что заявитель является участником бонусной программы и в его личном кабинете указано, что он подписан на получение рекламы, в том числе посредством смс-сообщений. Однако, полученная заявителем реклама не является рекламой бонусной программы, следовательно данное согласие не является надлежащим.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в пункте 15 разъясняет, что 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.

В антимонопольный орган не представлено согласие абонента в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Следовательно, сообщение «В Детском мире суперакция 4=2 до 30.11.14! Купите 2 вещи из одежды и обуви и еще 2 получите в подарок! Подробности: <http://r.mts.ru/detmir>» распространено с нарушением ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».

Реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, признается, согласно п.4 ст.3 Федерального закона «О рекламе», ненадлежащей.

Согласно ст.38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Согласно п.7 ст.3 Федерального закона «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ОАО «МТС» считает, что Общество не может быть рекламодателем, так как Общество не вправе отказывать отправителю сообщения, поскольку коммутационное оборудование оператора фиксирует номер отправителя и ОАО «МТС» обязано доставлять своему абоненту все адресованные ему сообщения. Контролировать текст таких сообщений и идентифицировать содержание отправляемых сообщений как рекламу, ОАО «МТС» не имеет права, в виду наличия обязанности по обеспечению тайны связи. Кроме того, перечень получателей рекламы в соответствии с договором, заключенным с ООО «Стрим», определяет Заказчик.

Однако, в соответствии с представленными документами следует, что ОАО «МТС» согласовывает заявки, поданные ООО «Стрим», кроме того ОАО «МТС» самостоятельно выбирает абонентов, которым направляются рекламные сообщения, с учетом выбранных Заказчиком критериев. Заказчик не определяет номера абонентов, а только устанавливает критерии отбора целевой аудитории. Следовательно, ОАО «МТС» является рекламодателем, так как именно Общество распространяет рекламу ООО «Стрим» и может определить, давал ли данный абонент свое согласие на ее получение.

ОАО «МТС» сообщило, что 04.12.2014г. заявителем подключена услуга «Запрет приема информационных SMS и SMS/MMS с сайта МТС» путем подачи в компанию

соответствующего заявления. Таким образом, в настоящее время распространение сообщений от ОАО «МТС» в адрес заявителя прекращено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42,47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу «В Детском мире суперакция 4=2 до 30.11.14! Купите 2 вещи из одежды и обуви и еще 2 получите в подарок! Подробности: <http://r.mts.ru/detmir>», распространенную посредством смс-сообщения ОАО «МТС», ненадлежащей.
2. Признать рекламораспространителя ОАО «МТС», нарушившим требования ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».
3. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать, в связи с нецелесообразностью.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Председатель Комиссии

К<...>

Члены Комиссии

Б<...>

Б<...>