

Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

*** – заместитель руководителя Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

***.– начальник отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

*** – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии,

рассмотрев дело №03-02/21-2018, возбужденное в отношении следующих лиц:

-ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, юридический адрес: ул.Марксисткая, дом 4, г.Москва, далее – оператор связи),

-ООО «ДжЮ Групп» (ОГРН 1177746172207, ИНН 7706446784, юридический адрес: ул.Якиманка Б, дом 1, эт.1, ком. 17, г.Москва) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в присутствии представителя ПАО «МТС» - ***, в отсутствие заявителя *** и представителя ООО «ДжЮ Групп», надлежащим образом уведомленных о месте, дате и времени рассмотрения настоящего дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Карельского УФАС России из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление Смирнова Алексея Викторовича (вх. от 13.02.2018 №674) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс-сообщения на его телефонный номер <...> .

Согласно скриншоту, приложенному к заявлению, смс-сообщение рекламного характера поступило от отправителя, имеющего обозначение «2017», 11.02.2018 в 17:27 следующего содержания: «Награда для 79851151166. Сегодня, 11.02, мы выбрали несколько абонентов для бесплатного участия в Умной викторине! Разыгрывается 50000000 руб! 79851151166 может выиграть часть из них! Отправьте ДА на 2017 бесплатно. Первый день беспл, далее 15 р/сут.Инфо win.mts.ru».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламодателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

По информации, предоставленной ПАО «МТС» с письмом от 01.03.2018 № С310/00151и, телефонный номер <...> выделен *** в сети ПАО «МТС» в рамках договора оказания услуг подвижной связи МТС, заключенного 24.02.2014. Копию договора оператор связи не предоставил ввиду его утери, указав, что договор является публичным, неотъемлемой частью договора являются Условия оказания услуг связи МТС (далее – Условия оказания услуг). Как поясняет оператор связи, в соответствии с Условиями оказания услуг абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы, а также отозвать его.

Кроме того, оператор связи сообщил, что смс-сообщение было направлено в рамках договора от 01.06.2017 № D170132069 (далее – договор), заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДжЮ Групп».

ООО «ДжЮ Групп» в своем пояснении подтверждает отправку рассматриваемого смс-сообщения, а также указывает, что правовым основанием для проведения данной рекламной рассылки является содержание абонентских договоров, заключенных между ПАО «МТС» и абонентами, в рамках которых оформлено согласие абонентов на получение информационных сообщений, в связи с этим согласие на получение смс-рассылки ООО «ДжЮ Групп» не представлено. Лицом, определяющим объект рекламирования и формирующим базу клиентов, являлось ПАО «МТС».

Определением от 12.04.2018 «О возбуждении дела № 03-02/21-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – Определение) возбуждено настоящее дело и назначено к рассмотрению на 10.05.2018.

В соответствии с определением лицам, в действиях которых установлены признаки нарушения законодательства о рекламе, необходимо было представить дополнительные сведения по рассматриваемому делу.

ПАО «МТС» с письмом от 26.04.2018 № С310/00259и (вх. от 26.04.2018 № 1998) предоставило информацию по делу, из которой следует, что смс-сообщение, направленное Смирнову А.В., не является рекламой, т.к. направлено персонально Смирнову А.В. (в тексте смс-сообщения указан номер телефона Смирнова А.В.) в связи с чем отсутствует квалифицирующий признак рекламы – направленность не на неопределенный круг лиц.

Комиссии представлен договор об оказании услуг связи от 11.06.2015 с выделением абонентского номера 8916608068, заключенный со ***, в соответствии с которым ***, выражает свое согласие на получение рекламы, а также Условия, действовавшие в 2015 году, в соответствии с п. 7.6 которых абонент **вправе** выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок, в т.ч. рекламы.

Договор на оказание услуг связи с выделением абонентского номера

89851151166, заключенный со ***, а также его согласие на получение смс-рекламы на указанный номер ПАО «МТС» не представлено.

Кроме того, ПАО «МТС» считает, что в соответствии с условиями договора № D170132069 от 01.06.2017, заключенного с ООО «ДжЮ Групп», последний должен получить согласие абонентов на распространение рекламы.

ООО «ДжЮ Групп» письмом от 04.05.2018 № 04/05-1 (вх. от 07.05.2018 № 2145) пояснило, что проверка согласия абонентов на получение смс-рассылки осуществляется ПАО «МТС». В соответствии с заключенным с ПАО «МТС» договором ООО «ДжЮ Групп» направляет смс-рассылку по заданию ПАО «МТС», также Оператор связи согласовывает тексты смс-рассылок.

На заседании комиссии представитель ПАО «МТС» поддержал свою позицию, изложенную в отзыве. Дополнительно пояснил, что, учитывая заключение со *** договора на оказание услуг связи в 2015 году и присоединение к Условиям оказания услуг связи, действовавшим в 2015 году, согласие на получение рекламы от *** является действующим, так как оно не отозвано. Представитель оператора подтвердил, что ПАО «МТС» определяет круг абонентов (абоненты МТС), которым будут направляться смс-сообщения о проведении «Умной викторины», а также согласовывает тексты смс-сообщений. ООО «ДжЮ Групп» получает доступ к оборудованию ПАО «МТС» для последующей рассылки смс-сообщений.

Рассмотрев документы, предоставленные в материалы дела, заслушав пояснения сторон, комиссия установила следующее.

В силу статьи 1 ФЗ «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.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «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; 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.

ФАС России в письме от 27.06.2016 № АД/43482/16 разъяснило, что «...в случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице, такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении, представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой...».

Рассматриваемое смс-сообщение «Награда для 79851151166. Сегодня, 11.02, мы выбрали несколько абонентов для бесплатного участия в Умной викторине! Разыгрывается 50000000 руб! 79851151166 может выиграть часть из них! Отправьте ДА на 2017 бесплатно. Первый день беспл, далее 15 р/сут.Инфо win.mts.ru» формирует интерес к товару (викторине) и платной подписке на участие в данной викторине. Данная текстовая информация направлена на привлечение внимания к услугам оператора связи, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним. В соответствии с пунктом 2.1 договора, заключенного между ПАО «МТС» и «ДжЮ Групп», целью проведения викторины является извлечение прибыли оператором, продвижение услуг, удержание абонентской базы.

Таким образом, указанная в смс-сообщении информация, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, соответственно, является рекламой.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 №АЦ/4624 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.

В соответствии с пунктом 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» 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 ФЗ «О рекламе».

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений разным абонентам.

В соответствии с п.3.2.9 договора, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДжЮ Груп», оператор связи обязан обеспечить пропускную способность каналов связи не менее 400 смс-сообщений в секунду. Это свидетельствует о возможности направления одновременно множества однотипных сообщений различным абонентам, учитывая наличие у оператора большого объема персональных данных лиц (абонентов). Возможность направления одновременно множества однотипных сообщений различным абонентам свидетельствует о цели оператора связи, при распространении рассматриваемой информации, привлечь внимание неопределенного круга лиц к собственным услугам.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

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

Оператор связи утверждает, что согласие абонента на получение рекламы было получено при заключении с ним договора на оказание услуг связи 11.06.2015 при выделении номера +7916608068 и присоединении его к Условиям оказания услуг. В соответствии с пунктом 7.6. Условий оказания услуг абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок, в т.ч. рекламы от оператора и/или его партнеров.

В связи с тем, что договор на оказание услуг связи заключается с абонентом каждый раз при выделении ему номера и при этом форма договора позволяет абоненту выразить свой отказ от получения рекламы на конкретный номер <...> комиссия не признает довод оператора связи о

распространении согласия на получение рекламы на все выделенные абоненту номера при наличии хотя бы одного договора с выраженным согласием. В п.7.6 Условий оказания услуг говорится лишь о том, что абонент **вправе** выразить свое согласие на возможность получения рекламы. В данном документе не говорится о том, что, согласившись с условиями, абонент выражает согласие на получение рекламы по всем заключенным ранее договорам. Кроме того, комиссия полагает, что подобная формулировка противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения, подобное навязывание услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В соответствии с договором ООО «ДжЮ Групп» оказывает ПАО «МТС» услуги по организации и технической реализации сервиса ООО «ДжЮ Групп». По условиям договора ООО «ДжЮ Групп» обязалось от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению рассылки смс-сообщений. Текст рассылок формируется ООО «ДжЮ Групп», согласовывается с ПАО «МТС», т.е. ПАО «МТС» имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения и выяснить, имеется ли согласие абонента на получение смс-рекламы.

Таким образом, можно констатировать взаимосвязь действий ПАО «МТС» и ООО «ДжЮ Групп» по распространению смс-рекламы на телефонный номер ***

Рассмотрение дела состоялось в назначенное время и дату в присутствии представителя ПАО «МТС», в отсутствие представителя «ДжЮ Групп» и заявителя, надлежащим образом уведомленных о времени и месте рассмотрения дела.

Комиссия, оценив имеющиеся в материалах дела документы, приходит к выводу, что действия ПАО «МТС» и «ДжЮ Групп» по распространению смс-сообщения на телефонный номер <...>) без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Награда для 79851151166. Сегодня, 11.02, мы выбрали несколько абонентов для бесплатного участия в Умной викторине! Разыгрывается 50000000 руб! 79851151166 может выиграть часть из них! Отправьте ДА на 2017 бесплатно. Первый день беспл, далее 15 р/сут.Инфо win.mts.ru» совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона.

На основании изложенного, 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 законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 №508, Комиссия

РЕШИЛА:

1.Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Награда для 79851151166. Сегодня, 11.02, мы выбрали несколько абонентов для бесплатного участия в Умной викторине! Разыгрывается 50000000 руб! 79851151166 может выиграть часть из них! Отправьте ДА на 2017 бесплатно. Первый день беспл, далее 15 р/сут.Инфо win.mts.ru» , поступившую на телефонный номер *** посредством смс-сообщений без предварительного согласия абонента;

действия ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, юридический адрес: ул.Марксисткая, дом 4, г.Москва) и ООО «ДжкЮ Групп» (ОГРН 1177746172207, ИНН 7706446784, юридический адрес: ул.Якиманка Б, дом 1, эт.1, ком. 17, г.Москва), нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2.Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.