

## РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/83

12 мая 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 -	начальник отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Алексеева Елена Викторовна, государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Демичева Ксения Александровна,

рассмотрев дело № 14-03-18-02/83 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ЗАО «Мобильный интернет», ОАО «МТС»,

с участием представителя ОАО «МТС» ... (доверенность от 06.05.2013г.), иные лица, участвующие в деле, не явились, извещены надлежащим образом о времени и месте рассмотрения дела,

### УСТАНОВИЛА:

В адрес Волгоградского УФАС России поступило обращение физического лица с жалобой на рассылку смс-сообщений (рекламы) без согласия абонента (вх. № 6350).

Заявитель (номер телефона которого ...) указал, что им было получено 23.05.2013г. в 13 ч 05 мин смс-сообщение от «2000» следующего содержания: «Получите 100 000р. На любые цели в кредит за 132 р. в день. Узнайте больше 88002001229 звонок бесплатный. ЗАО «Банк Русский Стандарт», лиц. 2289. Подробно <http://adv14.mts.ru> (переход 0р)».

Гражданин утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок от указанной в смс-сообщении компании не оформлял. Кроме того, гр. ... указал, что не состоял в договорных отношениях с ЗАО «Банк Русский Стандарт».

Впоследствии гр. ... были предоставлены: - 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.

По результатам рассмотрения обращения физического лица антимонопольным органом было возбуждено дело № 14-03-18-02/83 в отношении ЗАО «Мобильный интернет».

В рамках рассмотрения дела, с учётом представленных ЗАО «Мобильный Интернет» сведений Комиссия Волгоградского УФАС России пришла к выводу о необходимости привлечения к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», также ОАО «Мобильные ТелеСистемы» (ОАО «МТС», см. определение от 28.03.2014г., исх. № 02-8/1696).

Изучив имеющиеся материалы дела, с учётом доводов сторон 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.

Рассматриваемое смс-сообщение является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Рекламная информация была адресована неопределённому 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 Банка «Русский Стандарт» (договор № МР-466 от 19.10.2012г. между ЗАО «Банк Русский Стандарт» и ЗАО «Мобильный интернет» (ЗАО «МобиКо»), агентский договор № Д09-10727 от 24.04.2009г. между ЗАО «МобиКо» и ОАО «МТС»).

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

В рамках рассмотрения дела ЗАО «Банк Русский Стандарт» подтвердило, что распространение рекламы Банка осуществлялось в рамках заключенного с ЗАО «Мобильный интернет» договора № МР-466 от 19.10.2012 г., согласно которому ЗАО «МобиКо» оказывает услуги по размещению рекламно-информационных

материалов в том числе в смс-сообщениях, распространяемых посредством рассылок (п. 1.1. договора). Банком в силу п. 2.1.1 договора предоставлялся сам рекламно-информационный материал.

ЗАО «МобиКо» в п. 4.6. договора № МР-466 от 19.10.2012 г. гарантировало, что размещение РИМ проводится в соответствии с законодательством РФ о рекламе, в том числе гарантирует наличие соответствующего согласия абонентов на получение указанной рассылки.

Представитель ЗАО «Мобильный Интернет» просил прекратить производство по делу в отношении Общества, указав на следующие обстоятельства (см. письмо от 26.03.2014г. № 117-519):

- 24 апреля 2009 года между ОАО «Мобильные ТелеСистемы» и ЗАО «МобиКо» был заключен Агентский договор № 009-10727 от 24.04.2009 года, в соответствии с которым Общество является Агентом, а ОАО «Мобильные ТелеСистемы» Принципалом. Агент обязался за агентское вознаграждение совершать от своего имени, но за счет Принципала (ОАО «МТС») юридические и фактические действия по размещению рекламных материалов Заказчиков, распространяемых посредством рассылок.

- Заказчиками выступают рекламодатели, или третьи лица (рекламные агентства), взаимодействующие непосредственно с Заказчиками в целях размещения рекламных материалов Заказчиков. Оказываемые Обществом услуги, по сути, являются посредническими, и сводятся к поиску и совершению сделок с контрагентами (потенциальными Заказчиками) для осуществления информационно-рекламного обслуживания Принципалом таких контрагентов.

- в рамках указанного агентского договора, ЗАО «МобиКо» и ЗАО «Банк Русский Стандарт» был заключен Договор о предоставлении услуг № МР-466 от 19.10.2012 года,

- рассылка рекламных сообщений осуществлялась непосредственно специалистами ОАО «Мобильные ТелеСистемы», при этом ОАО «Мобильные ТелеСистемы» самостоятельно формировало абонентскую базу, составляло график рассылок, определяло содержание передаваемых сообщений, что следует из положений Договора № 509-10727 от 24.04.2009 года и Приложений к нему.

Данные обстоятельства были подтверждены представителем ОАО «МТС» на заседании Комиссии Волгоградского УФАС России, состоявшемся 24.04.2014г. Оператором связи были представлены письменные объяснения по делу № 14-03-18-02/83 (исх. № Юг10/0060и, с учетом письма от 28.04.2014г. № Юг10/0065и), в которых указано на следующее:

- рекламная рассылка производилась в период с 13.05.2013г. по 29.05.2013г.,

- абонентский номер ... выделен абоненту ..., на основании договора. Указанный договор помимо персональных данных абонента, места, даты заключения договора и иных сведений включает в себя единые условия для всех абонентов в силу требования публичности договора (ст. 426 ГК РФ) - Правила оказания услуг связи «МТС» (далее Правила МТС), являющиеся неотъемлемой

частью договора.

- пунктом 7.6. Правил МТС предусмотрена возможность абонента выразить свой отказ от получения рекламы, распространяемой по сетям связи, путем направления оператору соответствующего письменного уведомления. От абонента ... заявление об исключении телефонного номера .... из списков номеров для информационных и рекламных рассылок в адрес ОАО «МТС» поступило 24.09.2013г.

Т.О., ОАО «МТС» полагает, что на момент осуществления рекламной рассылки об услугах Банка «Русский Стандарт», объективно располагало согласием абонента Демченко Д.И. на получение рекламы, которое не было отозвано на момент получения рекламного сообщения.

Однако Комиссия Волгоградского УФАС России пришла к выводу о том, что данное согласие не может быть признано надлежащим в рассматриваемом случае 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 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.

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 Short 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.

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

В рассматриваемой ситуации, исходя из контекста договора на оказание услуг связи, гр. ... выразил свое согласие на получение рекламы об Операторе связи. Согласно п. 1.1. Правил оказания услуг связи «МТС» (ред. от 22.02.2011 г.), являющихся неотъемлемой частью договора услуг связи, данными Правилами регулируются взаимоотношения между Абонентом и Оператором связи (т.е., ОАО «МТС»). Т.е., Абонент дал свое согласие на получение вполне определенной рекламы от определенного лица. Документы, на которые ссылается ОАО «МТС» в обоснование правомерности своих действий, не содержат условий о том, что подписывая договор оказания услуг связи «МТС», абонент выражает свое согласие на получение рекламы от третьих лиц и/или партнеров компании.

Реклама, полученная гр. ... не является рекламой Оператора связи, на получение которой и выразил свое согласие Абонент, а вполне определённо отсылает к ЗАО «Банк Русский Стандарт», на получение информации о деятельности которой гражданин своего согласия не выражал, что и указано в поступившем в Волгоградское УФАС России заявлении физического лица.

Т.О., представленные хозяйствующими субъектами сведения не содержат подтверждения получения предварительного согласия на получение гр. ... рекламы ЗАО «Банк Русский Стандарт».

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

В качестве рекламораспространителя в рассматриваемой ситуации выступило ОАО «МТС». ЗАО «Банк Русский Стандарт», исходя из имеющейся информации, является заказчиком – рекламодателем, а также рекламопроизводителем. ЗАО «МобиКо» выполняло посреднические функции поиска рекламодателей для ОАО «МТС». Признаки нарушения законодательства о рекламе в действиях ЗАО «Мобильный Интернет» в рамках рассмотрения дела № 14-03-18-02/83 не подтвердились.

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.

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.

Материалы дела не содержат сведений о прекращении распространения ненадлежащей рекламы на абонентский номер заявителя. В связи с изложенным Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о наличии оснований для выдачи ОАО «МТС» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Рассматриваемая реклама «Получите 100 000р. На любые цели в кредит за 132 р. в день. Узнайте больше 88002001229 звонок бесплатный. ЗАО «Банк Русский Стандарт», лиц. 2289. Подробно <http://adv14.mts.ru> (переход 0р)», поступившая 23.05.2013г. в 13 ч 05 мин от 2000 посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя ... (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 от «2000»: «Получите 100 000р. На любые цели в кредит за 132 р. в день. Узнайте больше 88002001229 звонок бесплатный. ЗАО «Банк Русский Стандарт», лиц. 2289. Подробно <http://adv14.mts.ru> (переход 0р)», поступившую 23.05.2013г. в 13 ч 05 мин посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя ... (г. Волгоград), ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ОАО «МТС» 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 29 апреля 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 12 мая 2014г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.