

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-11-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 28 мая 2014 года

Решение изготовлено в полном объеме 10 июня 2014 года
Тверь

г.

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,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-11-2014,

в присутствии представителя ОАО «МТС»: <...> (по доверенности от 15.08.2013 № 0143/12),

в отсутствие надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 04-6/2-11-2014 возбуждено 04.04.2014 по заявлению <...> (далее также заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 12.12.2013 в 10:58 на выделенный заявителю телефонный номер <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «МТС: ПОСЛЕДНЕЕ ПРИГЛАШЕНИЕ – НАГРАДА ЗА ПРЕДАННОСТЬ В 2013! СЕГОДНЯ 12/12 <...> выбран для розыгрыша 60го «МЕРСЕДЕС-БЕНЦ!». Отправьте ДА на 2014 42,34/SMS/контент, инфо:2014.mts.ru», отправитель – 2014.

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.

В соответствии со статьей 3 Закона 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» 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 проводимая ООО «Велти ММТ» SMS-акция «60 дней – 60 автомобилей».

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.

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 возложено на рекламодателей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал 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 относится к номерной емкости оператора связи ОАО «МТС».

Информация о проводимой с 14 октября 2013 года по 30 мая 2014 года SMS – акции размещена на официальном сайте ОАО «МТС» www.mts.ru, а также на Интернет – странице <http://2014.mts.ru>.

Согласно условиям SMS – акции «60 дней – 60 автомобилей», размещенным на официальном сайте ОАО «МТС», SMS – акция включает в себя комплекс мероприятий по продвижению услуги - доступ к информационному ресурсу, содержащему информационно значимое наполнение (контент) для мобильных телефонов (фондовые рисунки) абонентов оператора связи ОАО «МТС», в ходе которых пользователи услуги получают возможность выиграть ценные призы. Призовой фонд SMS – акции, состоящий из 60 автомобилей Мерседес-Бенц класса А, разыгрывается двумя способами: путем случайного розыгрыша (стимулирующая лотерея) и по объективному критерию (по количеству набранных баллов). SMS – акция предусматривает приобретение рекламируемой услуги путем направления смс – сообщения с мобильного телефона, подключенного к оператору связи ОАО «МТС» на номер <...> (бесплатный) или 2014. Стоимость отправки смс – сообщения SMS – акции на платный номер <...> составляет 42 руб. 32 коп. с учетом НДС. Участником SMS – акции может стать достигшие 18-летнего возраста физические лица, проживающие на территории Российской Федерации,

и являющиеся стороной по абонентскому договору оказания услуг мобильной связи с ОАО «МТС». При этом Участник SMS – акции в целях приобретения рекламируемой услуги должен выразить свое согласие на участие в SMS – акции, направив смс – сообщение на короткий номер <...> либо 2014, или кликнув на выбранный вариант ответа на вопрос Онлайн - викторины, размещенной на сайте.

Согласно информации ОАО «МТС» (письмо от 24.01.2014 № Ц08/0011-и) отправка вышеуказанного смс-сообщения осуществлена ОАО «МТС».

Из представленной ОАО «МТС» информации (письмо от 24.01.2014 № Ц08/0011и) следует, что отправка смс - сообщения производилась в рамках заключенного с ООО «Велти Мобильные Маркетинговые Технологии» (далее – ООО «Велти МТТ») договора от 22.02.2012 № D1204760 (далее – договор № D1204760). Согласно пункту 2.2 договора № D1204760 заказчик (ОАО «МТС») обеспечивает проведение рекламной SMS-рассылки о Сервисе исполнителя (ООО «Велти МТТ») и о каждой широкомасштабной брендированной SMS – акции абонентам в соответствии с пунктом 3.2.6 договора № D1204760.

При этом пунктом 3.2.6.4 договора № D1204760 предусмотрено, что рассылка SMS-сообщений не может быть осуществлена в адрес абонентов, которые заявили о своем нежелании участвовать в рассылке SMS-сообщений путем направления соответствующего SMS-сообщения на Сервисный Номер или по телефону в Информационный центр поддержки абонентов; абонентов, которые заявили о своем нежелании получать SMS-сообщения с новостями и рекламой, распространяемой заказчиком (ОАО «МТС»), или отзывали свое согласие на получение SMS-сообщений с новостями и рекламой, распространяемой заказчиком (ОАО «МТС»). В соответствии с условиями договора № D1204760 исполнитель (ООО «Велти МТТ») оказывает заказчику (ОАО «МТС») услуги по продвижению среди абонентов информационно значимого контента в виде фоновых рисунков, загружаемых на мобильные телефоны абонентов, а заказчик (ОАО «МТС») обязуется своевременно принимать и оплачивать исполнителю услуги.

Материалами дела подтверждается, что 22.10.2012 между абонентом <...> и ОАО «МТС» заключен договор о предоставлении услуг связи МТС, в котором 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».

ОАО «МТС» полагает, что <...>., заключая договор на оказание услуг связи МТС <...>., ознакомившись с Правилами оказания услуг связи МТС, утвержденных приказом ОАО «МТС», принял Правила в целом, тем самым выразил свое согласие на получение услуг связи на данных условиях, в том числе на получение рекламы, поскольку пункт 7.6 Правил оказания услуг связи МТС содержит положение, согласно которому, заключая договор, Абонент тем самым выражает согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

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), согласно пункту 1 которого 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 ходе рассмотрения дела <...> также представил пояснения от 09.05.2014, согласно которым он отрицал как факт ознакомления с Правилами оказания услуг связи МТС при подписании договора, так и факт выражения согласия на получение вышеуказанной смс-рекламы.

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

Таким образом, действия ОАО «МТС» по распространению 12.12.2013 в 10:58 на телефонный номер <...> <...> рекламного смс – сообщения рекламы следующего содержания: «МТС: ПОСЛЕДНЕЕ ПРИГЛАШЕНИЕ – НАГРАДА ЗА ПРЕДАННОСТЬ В 2013! СЕГОДНЯ 12/12 <...> выбран для розыгрыша 60го «МЕРСЕДЕС-БЕНЦ!».

Отправьте ДА на 2014 42,34/SMS/контент, инфо:2014.mts.ru», осуществлены без предварительного согласия Абонента и нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

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 33, 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: «МТС: ПОСЛЕДНЕЕ ПРИГЛАШЕНИЕ – НАГРАДА ЗА ПРЕДАННОСТЬ в 2013! СЕГОДНЯ 12/12 <...> выбран для розыгрыша 60го «МЕРСЕДЕС-БЕНЦ!»». Отправьте ДА на 2014 42,34/SMS/контент, инфо:2014.mts.ru», распространенную 12.12.2013 в 10:58 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ОАО «МТС» 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 услуг.

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

ПРЕДПИСАНИЕ № 04-6/2-11-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

11 июня 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,

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

на основании решения от 28.05.2014 по делу № 04-6/2-11-2014 о признании ненадлежащей рекламы «МТС: ПОСЛЕДНЕЕ ПРИГЛАШЕНИЕ – НАГРАДА ЗА ПРЕДАННОСТЬ в 2013! СЕГОДНЯ 12/12 <...> выбран для розыгрыша 60го «МЕРСЕДЕС-БЕНЦ!»». Отправьте ДА на 2014 42,34/SMS/контент, инфо:2014.mts.ru», отправитель – 2014, посредством смс – сообщения, направленной 12.12.2013 в 10:58 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, <...>) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: **прекратить распространение рекламных смс-сообщений смс**

- **акции** «60 дней – 60 автомобилей» на телефонный номер <...> -912-519-73-02 и при распространении рекламы посредством смс – сообщений на телефонный номер <...> -912-519-73-02 обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ОАО «МТС» (109147, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 10.07.2014 либо в течение пяти 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

Г.В. Грицай