

РЕШЕНИЕ

по делу № 02-38/5р-2019

«13» июня 2019 г.

г.

Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:***

в отсутствие лиц, участвующих в деле, извещенных надлежащим образом о дате и месте рассмотрения дела,

рассмотрев дело № 02-38/5р-2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) при рассылке SMS – сообщения – 11.01.2019 в 14:45 с именного номера **MGTS**, на номер заявителя Б. (+7 926 ***) с текстом следующего содержания: *«Воспользуйтесь социальной картой для подключения услуг Интернет, Цифрового ТВ и мобильной связи по льготной цене! Подробнее 84956360636 Ваша МГТС»*, без согласия абонента на получение сообщения рекламного характера

УСТАНОВИЛА:

11.01.2019 в 14:45 с именного номера **MGTS**, на номер заявителя Б. (+7 926 ***) поступило сообщение с текстом: *«Воспользуйтесь социальной картой для подключения услуг Интернет, Цифрового ТВ и мобильной связи по льготной цене! Подробнее 84956360636 Ваша МГТС»*.

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен скриншот с мобильного телефона заявителя, а также письменное согласие Б. на получение ФАС России (а в случае необходимости – ее территориальным органом) информации о детализации счета, телефонных соединениях, СМС-сообщениях, иных переданных данных на абонентский номер +7 926 *** в сети оператора сотовой связи ПАО «МегаФон», необходимых для рассмотрения его обращений.

Приложенными документами подтверждается, что на номер мобильного телефона Б. поступило вышеуказанное короткое текстовое сообщение.

При этом содержащаяся в данном сообщении информация обезличена (один и тот же текст предназначен для направления неопределенному кругу лиц), привлекает внимание к объекту рекламирования, следовательно, в соответствии с положениями Закона о рекламе, такая информация является рекламой.

Владелец сервисного центра отправителя СМС-сообщения +7 926-***, согласно информации, размещенной на сайте Федерального агентства связи (<https://www.rossvyaz.ru/docs/articles/DEF-9x.html>), ПАО "МегаФон" (г. Москва и Московская область).

Магаданским УФАС России в адрес ПАО «Мегафон» направлен запрос (№01-10/86 от 16.01.2019) о предоставлении информации.

Согласно информации, представленной ПАО «МегаФон» (вх. № 02/219 от 24.01.2019), деятельность ПАО «МегаФон» и его взаимоотношения с абонентами регулируются нормами ГК РФ, Законом о связи, Правилами оказания услуг телефонной связи, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 №1342 (далее – Правила) и договором, заключенным с абонентом (далее – Договор).

Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, условия оказания услуг связи МегаФон (далее - «Условия») и тарифный план, выбранный Абонентом.

Между Обществом и Б. заключен договор об оказании услуг связи № 9262839437 от 05.04.2004, однако в представленной копии договора подпись Б. отсутствовала.

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, свидетельствующих о признаках нарушения законодательства о рекламе срок рассмотрения заявления (исх. № 01-10/386 от 14.02.2019) был продлен до 15.03.2019.

Антимонопольным органом направлен повторный запрос (№ 01-10/484 от 21.02.2019) о предоставлении копии договора об оказании услуг № 9262839437 от 05.04.2004, заключенного ПАО «МегаФон» с Б. (номер <...> 926 ***) и заверенного собственноручной подписью.

Согласно представленной ПАО «Мегафон» информации на повторный запрос Магаданского УФАС России (вх. № 01/912 от 06.03.2019) указанное СМС-сообщение направлено ООО «СМС Трафик» (юр. адрес: 115088, г. Москва, ***) на основании Договора от 01.07.2016 № ДМИ-СМСТРФК-01072016, заключенного между ООО «СМС-Трафик» и АО «МегаЛабс» (партнером ПАО «Мегафон», договор №РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017). Также Обществом была предоставлена копия подписанного договора.

Магаданским УФАС России в адрес ООО «СМС Трафик» направлен запрос

(исх. № 01-10/636 от 07.03.2019) о предоставлении информации в срок до 14.03.2019.

К установленному сроку информация не поступила.

Определением № 48 от 14.03.2019 возбуждено дело № 02-38/5р-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе у лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «СМС Трафик» (юр. адрес: 115088, г. Москва, ***), были запрошены документы и пояснения, имеющие значение для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

Срок предоставления информации – до 25.03.2019.

20.03.2019 в адрес Магаданского УФАС России от ООО «СМС Трафик» поступили сведения и документы (вх. №01/1093), согласно которым Общество не является рекламодателем. Также Общество сообщило, что между ООО «СМС Трафик» и ООО «Мобайл Парк» заключен договор № 486/13 от 25.11.2013.

В соответствии с вышеуказанным договором, ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) предоставляет доступ ООО «Мобайл Парк» (Заказчик) к Системе, обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом.

Согласно п. 5.4 Договора Исполнитель обеспечивает пропуск через свою Систему Сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования, в связи с этим ответственность за включение в Сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

Магаданским УФАС России направлен запрос в адрес ООО «Мобайл Парк» о предоставлении информации (исх. № 01-10/836 от 25.03.2019) в срок до 09.04.2019 по факту распространения вышеуказанной рекламы.

В соответствии со сведениями, представленными ООО «Мобайл Парк» в адрес территориального управления (вх. № 02/1454 от 08.04.2019), Общество является разработчиком технологической платформы услуги «МТС Коммуникатор» для ПАО «МТС» и оказывает услуги технической поддержки на основании Договора № D0810232 от 12.03.2008. ООО «Мобайл Парк» обеспечивает техническое подключение ПАО «МТС» к услугам «МТС Коммуникатор» и не осуществляет непосредственно изготовление и распространение рекламы.

ООО «Мобайл Парк» также сообщило, что направило запрос ПАО «МТС» (№ 19/0404-01) от 04.04.2019), в ответе на который Общество указало, что ПАО «МГТС» является корпоративным клиентом ПАО «МТС» и ПАО «МТС» готово

предоставить в уполномоченные органы необходимую информацию по данному клиенту и факту распространения рекламных смс-сообщений.

Магаданским УФАС России направлен запрос в адрес ПАО «МТС» о предоставлении информации (№ 01-10/1032 от 08.04.2019) в срок до 12.04.2019.

Согласно сведениям, представленным ПАО «МТС» (вх. №02/1593 от 11.04.2019), буквенный идентификатор «MGTS» выделен абоненту ПАО «МГТС» (ИНН ***, 119017, г. Москва, ***) на основании договора оказания услуг связи № 80528/869 от 07.09.2001 в рамках услуги «МТС-Коммуникатор».

Определением № 79 от 15.04.2019 срок рассмотрения дела продлен до 14.06.2019, ненадлежащее лицо, в отношении которого может быть вынесено решение по делу, - ООО «СМС Трафик» заменено на надлежащее – ПАО «МГТС».

В силу ч. 1 ст. 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 «О рекламе» (далее также — Закон о рекламе, 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. При этом согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ст. 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В письме ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» разъяснено, что обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламодателем не является.

Таким образом, ПАО «Мегафон», ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл парк», ПАО «МТС» не являются рекламодателями, рекламопроизводителями или рекламоагентами при направлении указанного рекламного сообщения. Общества осуществляют только передачу информации, сформированную отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

Согласно ст. 23 Конституции РФ, ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 №

126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), Правилам оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342, Общества обязаны обеспечить соблюдение тайны телефонной связи, не вправе отказывать в предоставлении услуги, обязаны обеспечить абоненту возможность пользования услугами телефонной связи 24 часа в сутки.

В соответствии с информацией, представленной ПАО «МТС» (вх. № 02/1593 от 11.04.2019) рекламодателем в данном случае является ПАО «МГТС».

ПАО «МТС» пояснило, что обеспечивает возможность приема, передачи, хранения, доставки информации по сетям электросвязи в соответствии с требованиями Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «О связи» (далее – Закон о связи), а также в соответствии с выданной ему лицензией.

При этом прием, обработка, передача и доставка сообщений – это технические действия сертифицированного оборудования оператора связи по преобразованию текста, состоящего из алфавитно-цифровых символов в сигнал (в определенной кодировке), передачу по сети электросвязи и обратного сигнала электросвязи в исходный текст.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщений (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания.

В силу чч. 1 и 2 ст. 44.1 Закона о связи 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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на получение коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи, а также ответственность за рассылку коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

В соответствии с п. 1 ст. 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи,

заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Во исполнение определения Магаданского УФАС России № 79 от 15.04.2019 ПАО «МГТС» предоставило пояснения (вх. № 02/1715 от 18.04.2019 года), где указало, что **рассылка рекламного СМС-сообщения своих услуг была осуществлена им самостоятельно на номер абонента +7 (926) *****. Какие-либо договоры на рассылку смс-сообщения с третьими лицами не заключались.

ПАО «МГТС» также пояснило, что абонентский номер <...> (926) ***, по их сведениям, принадлежит А. (договор об оказании услуг телефонной связи № 3103-25-1/2000, абонентский номер <...> (499) ***) и указан данным лицом в качестве контактного.

Также Общество сообщило, что в настоящее время **абонентский номер +7 (926) *** исключен из списка рекламных рассылок, осуществляемых ПАО «МГТС», а также из контактных данных абонента А.**

Однако в представленных ПАО «МГТС» материалах отсутствовали документы, подтверждающие факт указания А. номера +7 (926) *** в качестве контактного, а также согласие на получение рекламной информации.

Определением № 92 от 20.05.2019 дело было отложено и назначено к рассмотрению на 13.06.2019, у ПАО «МГТС» запрошены копии документов, подтверждающие факт указания А. телефона +7 (926) *** в качестве контактного, доказательства наличия предварительного согласия А. на получение вышеуказанной рекламы.

Письмом вх. № 7984-10/229 от 27.05.2019 ПАО «МГТС» предоставило выгрузку из биллинговой системы, подтверждающую указание А.. абонентского номера +7 (926) *** в качестве контактного, а также указало, что согласие и иные документы у ПАО «МГТС» отсутствуют.

Магаданским УФАС России направлен запрос в адрес ПАО «Мегафон» (исх. № 01-10/1624 от 30.05.2019) о предоставлении информации: являлась ли А. владельцем абонентского номера +7 (926) ** и о периоде пользования А. данным номером, а также сведения о периоде, с которого абонентский номер <...> (926) *** принадлежит Б.

Срок предоставления информации – до 10.06.2019.

Согласно информации, предоставленной ПАО «Мегафон» (вх. № 01/2406 от 11.06.2019), абонентский номер +7 (926)*** выделен Б. с 05.04.2004 года на основании договора об оказании услуг связи № 9262839437 от 05.04.2004 года. Сведений о принадлежности данного номера А. в ответе на запрос не указано.

Согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если **рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.**

На основании вышеизложенного, ответственность за рассылку СМС – сообщения на номер заявителя +7 (926) *** возлагается на ПАО «МГТС».

Распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к предоставлению услуг по выдаче социальных карт для подключения услуг Интернет, Цифрового ТВ и мобильной связи по льготной цене. Необходимую информацию можно узнать по указанному в рекламе телефону, что формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца данного вида услуги, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

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

Во исполнение определения № 92 от 20.05.2019 ПАО «МГТС» предоставило пояснения (вх. № 01/2282 от 29.05.2019 года), повторно предоставив выгрузку из биллинговой системы, подтверждающую указание А. абонентского номера +7 (926) *** в качестве контактного, и указав, что согласие на получение А. рекламных рассылок не сохранилось, а также попросило рассмотреть дело в отсутствие своего представителя ввиду занятости в судебных процессах, назначенных 13.06.2019 к рассмотрению в другом городе.

Владельцем номера +7 (926) *** является иное лицо (Б.), которое не давало согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой.

ПАО «МГТС» перед направлением рекламного сообщения абоненту должно было убедиться в том, что получатель рекламного сообщения представил согласие на его получение.

В Магаданское УФАС России не представлены документы и иные материалы, подтверждающие, что ПАО «МГТС», как распространителем данной рекламной СМС-рассылки, приняты меры по идентификации абонента Б., а также о принадлежности ему данного телефонного номера. Гражданин Б. является владельцем данного абонентского номера на протяжении более 15 лет (договор об оказании услуг связи № 926839437 от 05.04.2004 года).

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих

согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов, материалов, указывающих, что ПАО «МГТС» приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи», части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента +7 (926) *** Магаданским УФАС России при рассмотрении дела не получено, Обществом не предоставлено.

В силу статьи 44.1 Федерального закона «О связи» обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента, ПАО «МГТС», являясь распространителем рассылки СМС-сообщений с рекламой, могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера +7 (926) *** конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы.

Однако, такие меры ПАО «МГТС» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а именно заявителю (абоненту телефонного номера +7 (926) *** поступило СМС-сообщение с рекламой без его предварительного согласия.

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями и рекламораспространителями рекламного законодательства влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частями 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет только рекламораспространитель.

Материалами дела установлено, что ПАО «МГТС» является рекламораспространителем.

Согласно пункту 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при добровольном устранении лицом совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Поскольку ПАО «МГТС» исключило телефонный номер (+7 926 *** из рассылки СМС-сообщений рекламного характера, что подтверждается письменными пояснениями Общества (вх. от 18.04.2019 года № 02/1715), Комиссия считает возможным не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь части 2 пункта 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу с текстом: *«Воспользуйтесь социальной картой для подключения услуг Интернет, Цифрового ТВ и мобильной связи по льготной цене! Подробнее 84956360636 Ваша МГТС»*, распространённую ПАО «МГТС» 11.01.2019 в 14:45 с именного номера MGTS на телефонный номер абонента Б. (+7 926 ***) без его предварительного согласия на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования пункта 1 части 3 статьи 5, части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. В связи с прекращением нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе предписание не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Магаданского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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.

