

РЕШЕНИЕ

по делу № 41-Р-2017

07 ноября 2017 г.
Чебоксары

г.

Резолютивная часть решения оглашена 24 октября 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 07 ноября 2017 года.

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии:

«...»

члены Комиссии:

«...»

рассмотрев дело № 41-Р-2017, возбужденное в отношении ПАО "МТС" по признакам нарушения требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), в связи с распространением рекламы посредством подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ведущего юрисконсульта ПАО "МТС" (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д.4) – «...» по доверенности от 29.12.2015 № 0308/15;

в отсутствие Заявителя - гражданина «...» (г. Санкт - Петербург), извещенного о дате и времени рассмотрения настоящего дела надлежащим образом;

в отсутствие заинтересованного лица: ООО "ИТА" (г. Санкт - Петербург, ул. Фурштатская, д.50, пом. -2 - Н, лит.А, itta@indox.ru), согласно представленному ходатайству (вх. от 13.09.2017 № 04-10/6349) о рассмотрении дела и принятия решения в отсутствие ООО "ИТА",

УСТАНОВИЛА:

27.07.2017 (вх. № 04-21/5275) в адрес Чувашского УФАС России из ФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданина «...» (далее – Заявитель) относительно поступления на номер сотового телефона последнего рекламы с признаками нарушения статьи ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Согласно заявлению, на выделенный Заявителю номер мобильного телефона (8 911 218 40 41), 26.07.2017 в 09 час.21 мин. поступило нежелательное SMS - сообщение с номера, имеющего буквенное обозначение ИТА, содержащее следующий текст.

"Туры в Израиль и весь мир! Скидки и Акции по СМС Подробности по тел. 88123804525 <http://r.mts.ru/itta> г.Санкт -Петербург, ул. Фурштатская, д.50, пом. -2 ООО "Итта" Нам 21 год! Отправлено МТС".

В ходе рассмотрения заявления установлено.

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, понимается 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.

Информация вышеуказанного содержания является рекламой, поскольку обладает всеми

квалифицирующими признаками рекламы применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все требования и ограничения Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Поскольку из обращения Заявителя следует, что он не давал какому-либо лицу согласие на получение рассматриваемого рекламного сообщения, следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Кроме того, в силу ст.44.1 Федерального закона "О связи" устанавливается порядок осуществления рассылки сообщений рекламного характера.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, по мнению ФАС России (письмо от 05.12.2014 №АК/49919/4 "О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок") закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Согласно статье 3 Закона о рекламе, рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, **в случае осуществления рассылки нежелательных рекламных сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии операторами связи (например, как в рассматриваемом случае, с буквенного номера ИТА), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.**

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение статьи 18 данного закона ответственность несет рекламораспространитель. Соответственно, **в указанных случаях оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может быть привлечен к ответственности в качестве рекламораспространителя за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.**

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru), установлено, что указанный номер Заявителя принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО "МТС".

В рамках рассмотрения заявления определено, что буквенное обозначение ИТА, указанное в тексте рассматриваемого смс - сообщения, принадлежит ООО "ИТА" (г. Санкт - Петербург, ул. Фурштатская, д.50).

При этом из текста смс - сообщения следует: "Отправлено МТС".

В связи с изложенным, Чувашским УФАС России возбуждено дело в отношении ПАО "МТС" по признакам нарушения ч. 1 ст.18 Закона о рекламе, в ходе которого установлено следующее.

Согласно представленного письменного пояснения ООО "ИТА" следует, что между ООО "ИТА" и ПАО "МТС" заключен договор от 06.07.2017 № 178354734949 об оказании услуг связи для корпоративных абонентов МТС (абонентский договор).

Предметом дополнительного соглашения к указанному договору являлось обязательство ПАО "МТС" за вознаграждение оказывать услуги ООО "ИТА".

При этом пунктом 3.3. дополнительного соглашения определено, что при отправке Рекламных сообщений в Каналах коммуникации под номером "MTS -Partner" Оператор (ПАО "МТС") гарантирует, что им получены предварительные согласия Абонентов или адресатов на получение рекламных сообщений и, таким образом, Оператор обязуется самостоятельно нести ответственность.

Частью 4 дополнительного соглашения определен порядок оказания Услуги, из которого следует, что условия оказания Услуг, в том числе для запуска рекламной кампании, формируются Пользователем (ООО "ИТА") в Заявке.

Таким образом, в рамках дополнительного соглашения к данному договору, ООО "ИТА" заказало услугу (Заявку) - распространение информации о своем продукте - туристических путевках.

Из представленной в заседание Комиссии Заявке на оказание услуг следует.

ООО "ИТА", путем использования сервиса "Мобильная реклама", просит ПАО "МТС" оказать услугу, а именно осуществить направление абонентам оператора связи (ПАО "МТС") информацию о рекламной кампании ООО "ИТА", в соответствии со следующими критериями.

1.Текст сообщения: "Туры в Израиль и весь мир! Скидки и Акции по СМС Подробности по тел. 88123804525 <http://r.mts.ru/itta> г.Санкт -Петербург, ул. Фурштатская, д.50, пом. -2 ООО "Итта" Нам 21 год! Отправлено МТС".

2.Целевая аудитория: м/ж от 30 лет до 75 лет.

3. География рекламной кампании: Санкт-Петербург.

4.Канал коммуникации: СМС.

5.Период оказания услуг: 18.07.2017 - 27.07.2017 (с 09:00до 11:00).

6. Количество сообщений, подлежащих отправке: 20066.

К пояснению ООО "ИТА" приложены документальные доказательства того, что данная услуга ПАО "МТС" выполнена и ООО "ИТА"оплачена (копия платежного поручения от 18.07.2017 № 271на оплату услуг в рамках абонентского договора).

ПАО "МТС" в письменных пояснениях, а также в заседании Комиссии, пояснило следующее.

Согласно требованиям дополнительного соглашения к абонентскому договору от 06.07.2017 № 178354734949, заключенному между ПАО "МТС" и ООО "ИТА", определен порядок запуска рекламной кампании по размещению ПАО "МТС" рекламы ООО "ИТА".

Таким образом, ПАО "МТС", согласно вышеуказанной Заявке, в соответствии с требованиями порядка запуска рекламной кампании, определенных в рамках дополнительного соглашения к договору, осуществило рассматриваемую смс - рассылку абонентам оператора связи ПАО "МТС", в том числе на номер сотовой связи Заявителя.

Как указывает ПАО "МТС", между ПАО "МТС" и Заявителем заключен договор об оказании услуг подвижной связи МТС от 22.02.2002, с представлением абонентского номера (8 911 218 40 41).

При этом, ПАО "МТС" указало, что не имеет возможности представить в заседание Комиссии данный договор, ввиду того, что копия указанного договора не поступала в архив ПАО "МТС".

Кроме того, ПАО "МТС" считает, что подписание регистрационной формы договора является безусловным согласием абонентов с его условиями, в том числе на получение смс - рассылки.

Таким образом, ПАО "МТС" в письменных пояснениях, а также в заседании Комиссии указало, что общество полагает, что согласие Заявителя на получение рекламы получено при заключении

последним договора с ПАО "МТС" путем подписания регистрационной формы договора.

При этом, отказ на получение смс - сообщений от Заявителя в адрес ПАО "МТС" не поступало. В связи с чем ПАО "МТС" считает, что в действиях ПАО "МТС" отсутствуют признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

С данным заявлением Комиссия не может согласиться ввиду того, что указанный довод общества основан на ошибочном толковании норм действующего законодательства.

Из обращения Заявителя следует, что он не давал какому-либо лицу согласие на получение рассматриваемого рекламного сообщения.

Согласно ч.1 ст. 44.1 Федерального 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.**

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

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.

Для признания рассылки санкционированной (согласованной) оператору подвижной радиотелефонной связи необходимо получить согласие абонента. В случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи на нем лежит бремя доказывания согласованного характера рассылки. Оператор обязан доказать, что получил от абонента согласие. Законодатель не определяет формат, в котором должно быть получено согласие абонента. На практике согласие абонента получают следующими способами: отметкой в договоре (письменное согласие); устное согласие на основе опроса абонента при настройке параметров оператором по запросу абонента через голосовое меню; отметкой в голосовом или текстовом меню (настройки параметров) абонентского оборудования (терминала); путем отправки электронного сообщения с запросом подтверждения согласия на рассылку.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложено на рекламодателя. Лицо в качестве рекламодателя признается с учетом обстоятельств конкретного дела.

В рассматриваемом деле рассылка информации путем направления смс - сообщений о рекламном продукте ООО "ИПА" - туристических путевках осуществлялась непосредственно ПАО "МТС.

Указанные обстоятельства ПАО "МТС" в письменных пояснениях и в заседании Комиссии не опровергает.

Таким образом, Комиссия правомерно признала оператора связи ПАО "МТС" рекламодателем рассматриваемого смс-сообщения, поскольку именно действиями данного оператора связи было осуществлено непосредственное доведение смс-сообщения до абонентов ПАО "МТС" по Заявке ООО "ИПА", в том числе Заявителя.

При этом, в рамках дела ПАО "МТС" не смогло представить договор, заключенный с Заявителем об оказании услуг подвижной связи МТС и доказательств, подтверждающих наличие прямого волеизъявления Заявителя на получение рекламных сообщений любым из вышеуказанных способов.

В данном случае, у оператора связи имелась правовая и техническая возможность оценить содержание смс-рассылки и проверить наличие согласия абонента на ее получение.

Таким образом, оценив и проанализировав в совокупности и взаимной связи представленные в заседании Комиссии документы и заявленные доводы ПАО "МТС" и ООО "ИТА", а также учитывая отсутствие доказательства наличия согласия со стороны Заявителя на получение рассматриваемой смс - рекламы, руководствуясь требованиями Закона о рекламе, Федерального закона "О связи", Комиссия пришла к выводу о наличии в действиях ПАО "МТС" нарушения требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе, вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с тем, что в рамках рассмотрения дела установлено, что распространение данной рекламы, путем направления смс - сообщений, осуществлялось в определенный период времени: 18.07.2017 - 27.07.2017 (с 09:00 до 11:00), согласно Заявке ООО "ИТА" в адрес ПАО "МТС", и не распространении в настоящее время ПАО "МТС" рассматриваемой рекламы, Комиссия пришла к выводу об отсутствии основания выдачи ПАО "МТС" предписания о прекращении нарушения ч. 1 ст.18 Закона о рекламе по рассматриваемому факту.

Руководствуясь частью 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 Закона

о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО "МТС" нарушившим требования, определенные частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившиеся в распространении 26.07.2017 в 09 час.21 мин. рекламы: "Туры в Израиль и весь мир! Скидки и Акции по СМС Подробности по тел. 88123804525 <http://r.mts.ru/itta> г.Санкт -Петербург, ул. Фурштатская, д.50, пом. -2 ООО "Итта" Нам 21 год! Отправлено МТС",

направленной посредством подвижной радиотелефонной связи ПАО "МТС" на номер сотового телефона Заявителя без его предварительного согласия.

2. Не выдавать ПАО "МТС" предписание о прекращении нарушения Закона о рекламе в связи с прекращением распространения рекламы . 3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ПАО "МТС".

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд Чувашской Республики-Чувашии в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»