

ИГ/7902 от 02.03.2016

ПАО «МТС»

109147, г. Москва,

ул. Марксистская, д. 4

ООО «Премиум клиник-1»

127560, г. Москва,

ул. Плещеева, д. 11 В

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «29» декабря 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «20» января 2016 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации

о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – К.С. Сучковой, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-224/77-15 в отношении ПАО «МТС» и ООО «Премиум клиник-1» по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ бесплатно тел: 84992071101 imedclin.ru», поступившей 04.04.2015 в 12:41,

отправитель:

ССRB (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +79168960390), с

признаками

нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»

(далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством

использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение

рекламы,

в присутствии: представителя ПАО «МТС» в лице Андросовой Н.В. (доверенность № 0267/15 от 01.12.2015);

в присутствии генерального директора ООО «Премиум клиник-1» Игошина В.Н., представителя ООО «Премиум клиник-1» в лице Марченко Ю.В. (доверенность б/н от

29.12.2015),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-224/77-15 возбуждено в отношении ПАО «МТС» и ООО «Премиум клиник-1» по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ бесплатно тел: 84992071101 imedclin.ru», поступившей 04.04.2015 в 12:41,

отправитель:

ССRB (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90).

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

ПАО «МТС» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4) является

юридическим

лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр

юридических лиц за основным государственным регистрационным номером

1027700149124,
ИНН 7740000076 .

ООО «Премиум клиник-1» (адрес: 127560, г. Москва, ул. Плещеева, д. 11 В) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1147746481035, ИНН 7715430981.

Между ПАО «МТС» и ООО «Премиум клиник-1» заключен Договор об оказании услуг связи № 177385551569 от 14.01.2015 (далее — Договор). В соответствии с указанным договором ПАО «МТС» предоставляет ООО «Премиум клиник-1» услуги связи и/или иные

сопряженные с ними услуги. Согласно Дополнительному соглашению «МТС Коммуникатор»

№ 177385551569 от 14.01.2015 (далее - Дополнительное соглашение), ПАО «МТС» предоставляет ООО «Премиум клиник-1» услугу «МТС Коммуникатор», заключающуюся в

возможности отправки СМС-сообщений с короткого или федерального номера сервиса и

получения ответных сообщений на короткий или федеральный номер сервиса.

В соответствии с пояснениями, представленными ПАО «МТС», указанная реклама с буквенными идентификаторами «CCRB» поступила на сервисную платформу ПАО «МТС» с

последующей доставкой через СМС-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер +7-916-896-03-90 с короткого сервисного номера, выделенного ООО «Премиум клиник-1», в

рамках заключенного абонентского Договора.

Согласно материалам дела № 3-18-224/77-15, на номер телефона <...> 04.04.2015 в 12:41 поступила реклама следующего содержания: «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ бесплатно

тел: 84992071101 imedclin.ru».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> также подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 15818 от 12.05.2015).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений,

звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как

направляется

определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет

ограничений по распространению, исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объект рекламирования — товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена

или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителей к медицинским услугам, оказываемым ООО «Премиум клиник-1», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщений следующего содержания: «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ бесплатно тел: 84992071101 imedclin.ru» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания потребителей к медицинским услугам, оказываемым ООО «Премиум клиник-1» и признана Комиссией

Московского УФАС России рекламой.

Факт распространения спорного СМС-сообщения, а также его рекламного характера ООО «Премиум клиник-1» и ПАО «МТС» не оспаривается.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение

рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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.

Согласно поступившему заявлению физического лица – владельца номера +7-916-400-83-88, согласие на получение рекламы от ООО «Премиум клиник-1» он не давал.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателей.

Московским УФАС России у ПАО «МТС» и ООО «Премиум клиник-1» было запрошено подтверждение согласия абонента на получения рекламных сообщений.

Представители ООО «Премиум клиник-1» в своих пояснениях подтвердили отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

Таким образом, при распространении 04.04.2015 в 12:41 рекламы «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ бесплатно тел: 84992071 101 imedclin.ru» посредством СМС-

сообщения на телефонный номер <...> от отправителя ССРБ (номер <...> в соответствии с

детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Таким образом, реклама «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ бесплатно тел: 84992071 101 imedclin.ru», распространенная 04.04.2015 в 12:41 посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> от отправителя ССРБ (номер <...> в соответствии с

детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90), является ненадлежащей.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в

любой

форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение

требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатель и рекламодатель.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «МТС» является оператором связи по абонентскому Договору, заключенному между ПАО «МТС» и ООО «Премиум клиник-1». Согласно положениям статьи 23 Конституции, статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», каждый имеет право на тайну

переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Исходя из данных норм,

оператор связи обязан соблюдать тайну связи и не имеет права на ознакомление с

содержанием СМС-сообщений, направляемых по сети электросвязи.

Следовательно,

ПАО «МТС», будучи оператором связи ООО «Премиум клиник-1», обеспечивает лишь

техническую возможность для подключения абонента к сети электросвязи, но не имеет

возможности разграничивать поступившие на его сеть связи СМС-сообщения в зависимости

от их содержания, а равно определять данное содержание и конечных получателей рекламы.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рекламы

произошло в результате ошибки должностного лица ООО «Премиум клиник-1».

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что ООО «Премиум клиник-1» является лицом, осуществившим распространение рекламы

посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...>. Данный факт ООО «Премиум

клиник-1» не оспаривается.

Следовательно, ООО «Премиум клиник-1» является рекламодателем указанной рекламы.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам),

обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы

(пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект

рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение

добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36

Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной

информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Премиум клиник-1» предписания о

прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской

Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

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, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение ООО «Премиум клиник-1» 04.04.2015 в 12:41 на телефонный номер <...> от отправителя ССРВ (номер <...> в соответствии с

детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) рекламы «ЦКРБ акция до 12.04.15 г. УЗИ

бесплатно тел: 84992071101 imedclin.ru» посредством СМС-сообщения без предварительного согласия абонента на ее получение, в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ООО «Премиум клиник-1» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд г. Москвы в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии И.С. Гудкова

Члены Комиссии К.С. Сучкова

Н.С. Уварова

Исполнитель: Романова Е.А., Тел. 8 (495) 784-75-05 (Доб. 154)