

РЕШЕНИЕ № 203/18

Резолютивная часть решения оглашена 16 февраля 2018г.

В полном объёме решение изготовлено 22 февраля 2018г.

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

председатель Комиссии – <....>,

члены Комиссии: <....>; <....>;

рассмотрев дело № 3111 от 27.12.2017 г. возбужденное по признакам нарушения требований, установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ по факту распространения 24.10.2017г. на телефонный номер <...> ****, от абонента с ником FerrumTroid смс-рекламы следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей, быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) *****. ООО «Феррум трейд»,

в присутствии:

лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

рекламораспространителя – ПАО «МТС», в лице представителя по доверенности № 0264/15 от 08.12.2015г. Т.

рекламораспространителя и рекламодача – ООО «Феррум Трейд», в

лице представителя по доверенности от 26.01.2018г. З.;

в отсутствии:

заявителя: К., заявившего ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствии (вх. № 1944-Ф/18 от 14.02.2018г.)

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области поступило заявление от гражданина К. (вх. № 13344 от 27.10.2017г.) о распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента, нарушающей требования ФЗ «О рекламе».

В указанном заявлении гр-н К. указал, что 24.10.2017г. в 18:51 на его абонентский номер <...> **** от абонента с ником FerrumTroid поступило СМС-сообщение рекламного характера следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей, быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) 500-***. ООО «Феррум трейд».

При этом своего согласия на получение данных рекламных сообщений по средствам связи гр-н К. не давал.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона РФ «О рекламе» от 13.03.2006г № 38-ФЗ реклама - 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, изготовитель или продавец товара, на привлечение внимания к которым направлена реклама; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно части 1 статьи 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.

Поскольку заявитель предварительного согласия на распространение рекламы посредством использования телефонной связи не давал, указанная реклама содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ Иркутским УФАС России, 27.12.2017 г. возбуждено дело № 3111. Лицами, участвующими в деле признаны: заявитель: гр-на К.; рекламораспространитель и рекламодатель – ООО «Феррум трейд»; рекламораспространитель – ПАО «МТС».

Порядок возбуждения и рассмотрения данной категории дел определен Правилами рассмотрения антимонопольным органом, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации № 508 от 17.08.2006 г.

Дело назначено к рассмотрению на 16 февраля 2018г.

Иркутским УФАС России 20.11.2017г. направлен запрос ОАО «МТС» (исх. № 9694) о предоставлении информации о владельце абонентского номера с ником Ferrum Trade.

По данному запросу ОАО «МТС» представлены письменные пояснения о том, что абонентский номер с ником Ferrum Trade предоставлен ПАО «МТС» в рамках заключенного Дополнительного соглашения № 1 к Договору об оказании услуг связи для Корпоративных абонентов МТС № 1383069466904 от 13.10.2017г. с ООО «Феррум Трейд» (ИНН 3812081979). Таким образом, буквенный идентификатор Ferrum Trade выделен ООО «Феррум Трейд».

В ходе рассмотрения дела, представитель ПАО «МТС» пояснил, что рекламодателем и рекламопроизводителем является ООО «Феррум Трейд», рекламораспространителем — ПАО «МТС». 11.04.2014г. между ПАО «МТС» и К. заключен Договор оказания услуг подвижной связи МТС с предоставлением абонентского номера 8902578****. договор об оказании услуг связи МТС состоит из 3х частей: - Регистрационной формы, в которой указываются данные об абоненте; - Условий оказания услуг подвижной связи МТС; - Тарифного плана, выбранного абонентом. Условия оказания услуг связи МТС являются публичной офертой и могут быть приняты Абонентом не иначе как путем присоединения к ним в целом. Подписанием регистрационной формы Абонентского договора К. присоединился у Условиям МТС, выразив безусловное согласие с данными Условиями. В регистрационной форме Абонентского Договора содержится специальное поле, позволяющее Абоненту уже при заключении договора выразить свое согласие или не согласие на получение рекламы и использование сведений о нем в целях продвижения услуг. При оформлении Абонентского Договора от 11.04.2014г. К. не выбрал поле «Не согласен на получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг». На день рассылки рекламной информации ООО «Феррум

Трейд» 24.10.2017г. от абонента К. не поступало письменного заявления об отказе получения рекламы. В действиях ПАО «МТС» отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе.

ПАО «МТС» представлены следующие документы: копия Договора об оказании услуг связи № 1383069466904 от 13.10.2017г. для корпоративных клиентов; копия Дополнительного соглашения № 1 от 13.10.2017г.; копия Заявки № 1 на оказание услуг в рамках Дополнительного соглашения № 1 к Договору на предоставление услуг связи для корпоративных абонентов МТС № 1383069466904 от 13.10.2017г., копия Счета № 238307080864/4055051349 от 31.10.2017г.; копия Платежного поручения № 3299 от 23.10.2017г.; копия Договора об оказании услуг подвижной связи МТС; копия Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» (в ред. от 16.12.2013г.).

В соответствии с Договором об оказании услуг подвижной связи МТС между ПАО «МТС» и К., «если не указано иное, абонент выражает согласие на: -передачу и поручение обработки третьим лицам персональных данных, согласно п. 3.4 Условий; - получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг; - предоставление доступа к услугам связи других операторов...(далее по тексту)». Поле «не согласен» ни в одном из пунктов К. выбрано не было.

Согласно п. 3.4. Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» (в ред. от 16.12.2013г.), на период с момента заключения Договора и до прекращения обязательств сторон по договору, а также до истечения сроков хранения персональных данных, установленных законодательством, Абонент выражает свое согласие на обработку персональных данных оператором, а также согласие на передачу (распространение, предоставление, доступ) и поручение оператором третьим лицам обработки персональных данных, переданных абонентом оператору в ходе исполнения договора, в т.ч. сведений об абоненте, указанных в ст. 53 Федерального Закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 года «О связи».

В соответствии с п. 7.6 Условий, абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы от оператора и/или его партнеров, распространяемой по сетям связи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами.

Согласно пояснениям представителя ООО «Феррум Трейд», ПАО «МТС» является распространителем рассматриваемой смс — рекламы. ПАО «МТС» и ООО «Феррум Трейд» действовали в рамках Договора об оказании услуг связи № 1383069466904 (для корпоративных клиентов) от 13.10.2017г., не нарушая законодательство о рекламе, т. к. согласие от абонента К. На получение рекламы любого содержания посредством использования телефонной связи было получено, отказа от смс — рассылки от последнего в ПАО «МТС» не поступало

В соответствии с Договором об оказании услуг связи № 1383069466904 для корпоративных клиентов от 13.10.2017г., Оператор ПАО «Мобильные ТелеСистемы» предоставляет Абоненту ООО «Феррум Трейд» услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, оказываемые Оператором непосредственно и/или с привлечением третьих лиц, а Абонент принимает и оплачивает заказанные Услуги.

В соответствии со ст. 4 Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» (Приложение № 1 к Договору об оказании услуг связи № 1383069466904 от 13.10.2017г.), перечень услуг, оказываемых Абоненту ООО «Феррум Трейд», определяется выбранным тарифным планом с учетом иных услуг, заказанных абонентом дополнительно в соответствии с действующими предложениями Оператора ПАО «Мобильные ТелеСистемы» и/или третьих лиц.

Комиссия Иркутского УФАС России, заслушав доводы сторон, приходит к следующим выводам.

В силу ч. 1 ст.431 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) при толковании условий договора должно приниматься во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

Формулировка пункта 7.6 Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» (в ред. от 16.12.2013г.) «абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы от оператора и/или его партнеров...(далее по тексту)» предполагает, что есть, как минимум, два действия: подписание договора и выражение согласия в виде дополнительного действия.

Комиссия полагает, что в п. 7.6 Условий оказания услуг подвижной связи «МТС» (в ред. от 16.12.2013г.) закреплено только право абонента выразить свою волю, но идентифицировать результат такого волеизъявления в данном случае как согласие на получение смс-рекламы нельзя.

В регистрационной форме Абонентского Договора от 11.04.2014г. поле «получение рекламы, использование сведений о нем в целях продвижения услуг» в данном случае не конкретизировано, поскольку абонент выражает свое согласие/несогласие на получение смс — рекламы, именно, от оператора связи (изменение тарифа, установка дополнительных услуг и т.д.).

Условия оказания услуг подвижной связи «МТС» (в ред. от 16.12.2013г.), которые являются приложением к Абонентскому Договору от 11.04.2014г., не предусматривают дачу согласия на получение абонентом К. рекламы от партнеров ПАО «МТС», а также не содержат никаких упоминаний о возможности распространения рекламы третьими лицами.

Согласно ч. 2 Федерального закона от 07 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи», под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Рассматриваемая реклама распространялась на основании Договора об оказании услуг связи № 1383069466904 для корпоративных клиентов от 13.10.2017г., заключенного между ПАО «МТС» и ООО «Феррум Трейд».

Согласно части 1 статьи 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.

Из письма ФАС России от 05.12.2014 г. N АК/49919/14 "О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рассылок" следует, что 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 сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия

абонента на получение такой рассылки. В случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих Российской системе и плану нумерации, сообщений передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

Смс - сообщение следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей, быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) 500-***. ООО «Феррум трейд» было направлено с буквенного номера «FerrumTraid», в связи с чем, ПАО "МТС" имело правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения и выяснить, имеется ли согласие абонента на получение СМС рекламы, либо отказаться от распространения рекламы.

Указанное смс -сообщение направлено на привлечение внимания к компании «Феррум трейд» и ее продвижению на рынке.

Федеральный Закон «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ 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 либо рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, быть выражено явно.

Доказательств получения предварительного согласия К. на получение рекламы от компании «Феррум трейд», равно как и иной рекламы от иных лиц не представлено.

В силу ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона, несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, из имеющихся материалов дела следует, что рекламодателями рассматриваемой рекламы являются ООО «Феррум Трейд» , ПАО «МТС».

Следовательно, действия ООО «Феррум Трейд» , ПАО «МТС», являющихся рекламодателями рекламы распространенной 24.10.2017г. на телефонный номер <...> ****, от абонента с ником FerrumTraid следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей, быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) 500-***. ООО «Феррум трейд», нарушают требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с ч. 4 ст. 38 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ, нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с п.44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

В Иркутское УФАС России не представлены доказательства прекращения распространения рассматриваемой рекламы.

В связи с чем, Комиссия Иркутского УФАС России считает целесообразным выдачу предписаний о прекращении нарушения требований рекламного законодательства.

На основании части 1 пункта 2 статьи 33, части 1 статьи 36 Федерального 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, распространенную 24.10.2017г. на телефонный номер <...> ****, от абонента с ником FerrumTroid следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей, быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) 500-***. ООО «Феррум трейд», в связи с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку рекламодателем не было получено предварительное согласие абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи.

2. Выдать ООО «Феррум Трейд» предписание о прекращении нарушения требований рекламного законодательства.

3. Выдать ПАО «МТС» предписание о прекращении нарушения требований рекламного законодательства.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Иркутского 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 в течение 3-х месяцев со дня его принятия.

ПРЕДПИСАНИЕ № 44/18

г. Иркутск

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

председатель Комиссии – <....>,

члены Комиссии: <....>; <....>;

рассмотрев дело № 3111 от 27.12.2017 г. возбужденное по признакам нарушения требований, установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ, на основании своего решения № ____ от __.02.2018г. о признании ненадлежащей рекламы, распространенной 24.10.2017г. на телефонный номер <...> ****, от абонента с ником FerrumTroid следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей,

быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) 500-***. ООО «Феррум трейд», в связи с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку рекламодателем не было получено предварительное согласие абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи,

и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона "О рекламе", пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Феррум Трейд» (ИНН 3812081979) в 5ти-дневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ, а именно: прекратить распространение рекламы посредством СМС - сообщений на абонентский номер <...> ****, и иные номера при отсутствии согласия абонентов.

2. ООО «Феррум Трейд» (ИНН 3812081979) представить в Иркутское УФАС России доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания, в двухдневный срок после его исполнения.

Неисполнение предписания УФАС по Иркутской области влечет административную ответственность в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

ПРЕДПИСАНИЕ № 43/18

г. Иркутск

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

председатель Комиссии – <....>,

члены Комиссии: <....>; <....>; рассмотрев дело № 3111 от 27.12.2017 г. возбужденное по признакам нарушения требований, установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ, на основании своего решения № ____ от __.02.2018г. о признании ненадлежащей рекламы, распространенной 24.10.2017г. на телефонный номер <...> ****, от абонента с ником FerrumTreid следующего содержания: «ООО «Феррум трейд» - гибкие цены, качественный металлопрокат, трубопроводная арматура из наличия в г. Иркутске от ведущих заводов изготовителей, быстрая обработка заказа! Телефон: 8 (3952) 500-***. ООО «Феррум трейд», в связи с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку рекламодателем не было получено предварительное согласие абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи,

и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона "О рекламе", пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ПАО «МТС» (ИНН 7740000076) в 5ти-дневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ, а именно: прекратить распространение рекламы посредством СМС - сообщений на абонентский номер <...> ****, и иные номера при отсутствии согласия абонентов.

2. ПАО «МТС» (ИНН 7740000076) представить в Иркутское УФАС России доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания, в двухдневный срок после его исполнения.

Неисполнение предписания УФАС по Иркутской области влечет административную ответственность в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.