

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №072/05/18-34/2022

29.06.2022г. г. Тюмень

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

Председатель Комиссии: <...> - заместитель руководителя управления;

<...> - заместитель начальника ОКМД;

Члены Комиссии:

<...> - главный специалист-эксперт ОКСЗ,

рассмотрев дело № 072/05/18-34/2022, по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы, содержащей признаки нарушения требований ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ "О рекламе" (далее - Федеральный закон "О рекламе"),

в отсутствии:

- заявителя <...>, уведомленной надлежащим образом (почтовое уведомление № 80096572180383).

лиц, участвующих в деле:

- ООО «Интернет Бизнес Медиа», уведомленное надлежащим образом (почтовое уведомление № 80096572180369),

- ООО «Петровский СПб» уведомленное надлежащим образом (почтовое уведомление № 80096572180376),

В присутствии:

- представителя ПАО «МТС» (109147, МОСКВА ГОРОД, МАРКСИСТСКАЯ УЛИЦА, 4, ОГРН: 1027700149124, дата присвоения ОГРН: 22.08.2002, ИНН: 7740000076, КПП: 770901001) - <...> (доверенность б\н от 23.06.2020г.),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление <...> (вх.№1644 от 21.02.2022г.), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из заявления следует, что на абонентский номер +79119150756, зарегистрированный за заявителем, 05.02.2022 в 14:45, от абонента «Petrovskiy», поступило смс-сообщение рекламного характера следующего содержания:

«Улучшим любое предложение по покупке РЕНО в «Петровском». Только до 15.02.2022 МАКСИМАЛЬНАЯ выгода! Звоните: +78126351751».

Как указывает заявитель, согласия на получение смс-сообщений рекламного характера он не давал.

Определением от 12.04.2022 г. возбуждено дело № 072/05/18-34/2022 по признакам нарушения требований ч.1 ст. 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии с информацией, представленной ПАО «МТС», смс-сообщение было направлено на номер Абонента в рамках услуги «Рекламная компания» в сервисе «МТС Маркетолог». Отправка указанного смс-сообщения 05.02.2022 года реализовалась на основании сформированного Заказа через личный кабинет Сервиса ООО «Интернет Бизнес Медиа» (ИНН 7816560190) – клиента ПАО «МТС», присоединившегося к Оферте и заказавшем услугу по реализации рекламной кампании.

К рассмотрению дела, состоявшемуся 12.05.2022г. ООО «Интернет Бизнес Медиа» (далее - ООО «ИБМ») представило запрашиваемые документы и письменные пояснения, из которых следует, что между ООО «ИБМ» и ПАО «МТС» заключен договор Оферты, по которому ПАО «МТС» оказывает услуги по реализации Рекламных кампаний. Согласно п.5.2.2. ПАО «МТС» обязуется оказывать Клиенту Услугу в соответствии с условиями Оферты. В п. 1 данного договора установлено, что Получателем является лицо, которое выразило и не отозвало согласие на получение Рекламных материалов. Также условиями данного договора (п.5.2.4.) предусмотрено, что МТС обязуется до начала оказания услуги получить от Получателя согласие на получение Рекламных материалов.

В личном кабинете сервиса «МТС Маркетолог» сотрудникам ООО «ИБМ» доступно только общее количество номеров, предоставленных для рассылки смс-рекламы, сами номера абонентов скрыты по политике конфиденциальности. Таким образом, обязанность по получению согласия абонента (получателя) лежит на ПАО «МТС».

В указанное в определении время, ООО «ИБМ» совершало рассылку рекламных сообщений по заявке ООО «Петровский СПб» (юр.адрес: 188480, обл Ленинградская, Кингисеппский р-н, г. Кингисепп, ул. Профилакторная, д. 2).

Определением от 12.05.2022г. дело № 072/05/18-34/2022 было отложено в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств по делу.

К рассмотрению дела, поступили письменные пояснения ООО «Петровский СПб», согласно которым между ООО «Петровский СПб» и ООО «ИБМ» заключен договор №<...>от 15.09.2020 года, согласно которому ООО «ИБМ» обязуется оказать, а ООО «Петровский СПб» принять и оплатить услуги по размещению рекламы Общества способом, предусмотренным договором и соглашениями к нему.

Согласно п.3.2.8. Договора работниками ООО «Петровский СПб» был представлен для распространения текст. Сторонами по электронной почте была согласована заявка на распространение рекламного сообщения. Так же в заявке было согласовано, что смс-информирование будет производиться для абонентов оператора МТС и оператора Билайн. Список номеров возможных абонентов,

которым будет направлена реклама не доступен ООО «Петровский СПб».

Комиссия, рассмотрев материалы дела №072/05/18-11/2022, пришла к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Закон 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 и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке; 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; 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.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Таким образом, рассматриваемая информация является рекламой, где объектом рекламирования является – автосалон Renault «Петровский» в Санкт-Петербурге.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 05.02.2022 в 14:45, от абонента «Petrovskiy» следующего содержания: *«Улучшим любое предложение по покупке РЕНО в «Петровском». Только до 15.02.2022 МАКСИМАЛЬНАЯ выгода! Звоните: +78126351751»* является, рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на которую распространяются требования Закона о рекламе.

Как следует из части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Реклама является средством продвижения товаров, работ и услуг, а также самого изготовителя или продавца рекламируемого товара на определенном рынке. Вместе с тем способ, форма и средства распространения соответствующей информации имеет существенное значение. Ненадлежащей рекламой согласно подпункту 4 статьи 3 Закона о рекламе является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как указала Хлудова В.А. каких-либо согласий на получение смс-сообщений рекламного характера она не давала.

Таким образом, в распространении вышеуказанной рекламы содержатся нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Согласно документам и сведениям, представленным ПАО «МТС», 29.01.2012 года между ПАО «МТС» и Абонентом Хлудовой В.А. заключен договор оказания услуг подвижной связи МТС.

Неотъемлемой частью договора являются Условия оказания услуг связи МТС.

Подписанием регистрационной формы Абонентского договора Абонент присоединился к Правилам МТС, выразив безусловное согласие с данными Правилами (в редакции от 30.06.2011г.).

При заключении абонентского договора Абонент дал свое согласие на получение рекламы, что отражено в пункте 7.6. Правил, согласно которому Абонент вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда необходимость такого согласия/отказа предусмотрена нормативно- правовыми актами о рекламе. 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.

ПАО «МТС» также сообщило, что на день рассылки рекламной информации от Абонента не поступало письменного заявления об отказе получения рекламы, а также у него не было подключено услуг по запрету приема рекламных сообщений.

Рассмотрев и изучив представленные в материалы дела документы и сведения, Комиссия Тюменского УФАС установила следующее.

В материалы дела представлен Договор об оказании услуг связи, заключенный между абонентом номера +<...> и ПАО «МТС». Установлено, что в Договоре содержится условие, что при подписании настоящего Договора Абонент подтверждает свое ознакомление и выражает безусловное согласие с Правилами оказания услуг связи МТС, являющимися неотъемлемой частью настоящего Договора.

Согласно пункту 7.6 Правил Абонент вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи.

Иными словами, подписывая Договор, абонент соглашается получать рекламу товаров, работ, услуг не только Оператора (ПАО «МТС»), но и рекламу товаров, работ, услуг третьих лиц.

При этом Комиссией Тюменского УФАС России установлено, что перечень третьих лиц, рекламная информация о которых может направляться абоненту, в Правилах отсутствует, а равно в Правилах отсутствует информация об опубликовании такого перечня в сети Интернет или в иных источниках.

Следовательно, при заключении Договора об оказании услуг связи и соглашаясь на получение рекламы при заключении Договора, у абонента отсутствует информация о том, рекламная информация о чьих товарах, работах и услугах поступит на его телефонный номер, а равно абоненту не представляется очевидным, кого следует считать «третьими лицами».

В данном случае объектом рекламирования выступает автосалон Renault в Санкт-Петербурге «Петровский», о чем свидетельствуют представленные в материалы дела договоры. Вместе с тем, как заявитель, так и другие абоненты, заключившие Договор об оказании услуг связи с ПАО «МТС», согласившиеся на получение рекламы, не были осведомлены о том, что именно ООО «Петровский СПб» является одним из «третьих лиц», рекламная информация о товарах, работах и услугах которого может быть им направлена согласно пункту 7.6 Условий.

Таким образом, Комиссия Тюменского УФАС России приходит к выводу об отсутствии надлежащим образом выраженного согласия абонента телефонного номера +<...> на получение рекламных СМС-сообщений.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Между ООО «Петровский СПб» и ООО «ИБМ» заключен договор №<...> от 15.09.2020 года, согласно которому ООО «ИБМ» обязуется оказать, а ООО «Петровский СПб» принять и оплатить услуги по размещению рекламы Общества способом, предусмотренным договором и соглашениями к нему.

Согласно п.3.2.8. Договора работниками ООО «Петровский СПб» был представлен для распространения текст. Сторонами по электронной почте была согласована заявка на распространение рекламного сообщения. Так же в заявке было согласовано, что смс-информирование будет производиться для абонентов оператора МТС и оператора Билайн. Список номеров возможных абонентов, которым будет направлена реклама не доступен ООО «Петровский СПб».

Между ООО «ИБМ» и ПАО «МТС» заключен договор Оферты, по которому ПАО «МТС» оказывает услуги по реализации Рекламных кампаний. Согласно п.5.2.2. ПАО «МТС» обязуется оказывать Клиенту Услугу в соответствии с условиями Оферты. В п. 1 данного договора установлено, что Получателем является лицо, которое выразило и не отозвало согласие на получение Рекламных материалов. Также

условиями данного договора (п.5.2.4.) предусмотрено, что МТС обязуется до начала оказания услуги получить от Получателя согласие на получение Рекламных материалов.

В личном кабинете сервиса «МТС Маркетолог» сотрудникам ООО «ИБМ» доступно только общее количество номеров, предоставленных для рассылки смс-рекламы, сами номера абонентов скрыты по политике конфиденциальности. Таким образом, обязанность по получению согласия абонента (получателя) лежит на ПАО «МТС».

Исходя из Договора ПАО «МТС» осуществляло фактическое доведение сведений об услугах до абонента, то есть являлось рекламодателем.

Таким образом, **ПАО «МТС» и ООО «ИБМ»** являются **рекламодателями**, вместе с тем, именно ПАО «МТС» приняло на себя обязательство размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы, в то время как ООО «ИБМ» не были известны абоненты, на номера которых будут направлены смс-сообщения.

На заседании Комиссии, представитель ПАО «МТС» устно так же пояснил, что заявитель дала согласие на получение рекламы при подписании договора оказания услуг подвижной связи.

По мнению Комиссии, доводы о наличии надлежащего согласия, не состоятельны по следующим основаниям.

Сам факт подписания Договора на оказание услуг подвижной связи не подтверждает согласия на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление пользователя исключительно на получение услуг связи, при этом согласие на получение рекламы, включенное в Правила оказания услуг связи, вынуждают Абонента (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение рекламных уведомлений в целях получения желаемых услуг.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение получения услуг связи в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подписанию Договора на услуги подвижной связи как дачу им своего согласия на получение рекламной информации, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимание на не имеющее отношения к услугам связи условие.

Данное обстоятельство не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Таким образом, при подписании Договора на оказание услуг связи у Абонента отсутствует возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Распространение рекламы в данном случае связано с интересами ПАО «МТС», но при этом оно не должно нарушать права абонента на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной вопреки воле рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя-распространителя.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу об отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы, распространенной 05.02.2022 в 14:45 по сетям электросвязи, что является нарушением части 1 статьи 18 ФЗ "О рекламе".

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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.

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)

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 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, 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.

Таким образом, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Следовательно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

Анализ договорных отношений позволяет сделать вывод о том, что все действия сторон соглашений были направлены на рассылку SMS-сообщений. При этом все Общества были осведомлены относительно целей использования их услуг, в том числе о возможности распространения рекламы.

Однако, только ПАО «МТС» определяло получателей рекламы и обязано было направлять рекламу только тем абонентам, кто дал согласие на ее получение.

Таким образом, ПАО «МТС» обязано иметь соответствующее согласие

пользователя как в силу закона (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе, часть 1 статьи 44.1 Закона о Связи), так и исходя из принятых обязательств при заключении упомянутых выше Договоров. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента Хлудовой В.А. на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела не представлено.

Учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ПАО «МТС» содержатся нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ПАО «МТС» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «МТС» не представлено.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

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.

Учитывая, что в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на абонентский номер <...> продолжают поступать смс-сообщения рекламного характера от абонента «Petrovskiy», Комиссия считает выдачу предписания нецелесообразной.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: *«Улучшим любое предложение по покупке РЕНО в «Петровском». Только до 15.02.2022 МАКСИМАЛЬНАЯ выгода! Звоните: +78126351751»*, распространенную 05.02.2022 в 14:45, от абонента «Petrovskiy», посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +<...>, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушений требований законодательства

Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>