РЕШЕНИЕ

по делу № 027/05/18-442/2024

17 апреля 2024 года г. Хабаровск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

заместитель руководителя управления.

Члены Комиссии:

главный специалист-эксперт отдела рекламы и недобросовестной конкуренции,

ведущий специалист-эксперт отдела рекламы и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 027/05/18-442/2024 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения ПАО «МТС» рекламы с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

в присутствии представителя ПАО «МТС» - Павлиш А.Ю. (по доверенности серия 77АД № 5384527 от 17.11.2023),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Хабаровского УФАС России поступило заявление гр. * (вх. № 1995-ИП/24 от 07.02.2024) о признаках нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении на номер телефона +7914 218 35 10 SMS-сообщения рекламного характера без согласия абонента на получение рекламы. При этом заявитель указывает на отсутствие его согласия на получение рекламы.

При рассмотрении заявления установлено, что на телефонный номер заявителя +7914 218 35 10 06.02.2024 в 11:17 поступило следующее *SMS*- сообщение: *«Займ до 100 тыс.р. на срок до года. Подбор bestcash.io/r20»* от отправителя с буквенным идентификатором Bestcash.io.

Частью 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что реклама - это 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.

Из содержания вышеуказанной информации следует, что таковая по своему содержанию и целевой направленности является рекламой, так как направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (финансовым услугам по выдаче займов), формирование и поддержание интереса к нему.

В соответствии с частью 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.

Как разъяснено в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального 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 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. 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

рекламораспространителя.

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 отсутствие таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

В процессе рассмотрения дела представитель ПАО «МТС» поддержала письменные пояснения (вх. № 3395-ЭП/24 от 29.02.2024, № 3395-ЭП/24 от 29.02.2024, № 6102-ЭП/24 от 16.04.2024), представленные в Хабаровское УФАС России, из которых следует, что реклама распространена ПАО «МТС» абоненту телефонного номера +7914 218 35 10 при наличии его согласия на основании договора об оказании услуг в сервисе «МТС Маркетолог», заключенного 29.09.2023 между ИП * (рекламодатель) и ПАО «МТС» (рекламораспространитель). Первоначально договор об оказании услуг связи от 16.02.2008 заключен с родственником заявителя. При заключении договора абонент выразил согласие с Правилами оказания услуг связи, действовавшими в период заключения договора и являющихся неотъемлемой частью договора, принял их и присоединился к ним.

Также представитель ПАО «МТС» указала, что пунктом 7.6 Правил установлено: «Абонент вправе выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда возможность такого отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе, путём направления Оператору соответствующего письменного уведомления. Заключая договор, Абонент, тем самым, выражает своё согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи и в случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе».

Согласно акту приема- передачи от 23.08.2014 права и обязанности по данному договору с указанной даты переданы Заявителю (договор на оказание услуг подвижной связи МТС в архиве ПАО «МТС» не найден).

На момент отправки SMS-сообщения первоначальный владелец абонентского номера +7914 218 35 10 и лицо, которому в 2014 году переданы права и обязанности по договору оказание услуг подвижной связи МТС (заявителю), с заявлениями об отзыве согласия на получение рекламы в ПАО «МТС» не обращались.

По мнению ПАО «МТС», рекламное SMS-сообщение направлено лицу, которое выразило согласие на получение рекламы и не отозвало его, следовательно, в действиях оператора сотовой связи нарушения рекламного законодательства Российской Федерации отсутствуют.

Проанализировав имеющиеся в материалах дела документы Хабаровским УФАС России установлено следующее.

Рассылка 06.02.2024 SMS-сообщения на абонентский номер +7914 218 35 10 произведена ПАО «МТС» (рекламораспространителем) методом выбора из абонентской базы клиентов оператора сотовой связи и в рамках заключенного с заявителем договора об оказании услуг связи.

Неотъемлемой частью договора, заключенного ПАО «МТС» 16.02.2008 с абонентом телефонного номера +7914 218 35 10 являются Правила оказания услуг связи МТС. При заключении договора абонент выразил согласие с Правилами оказания услуг связи, являющихся неотъемлемой частью договора, принял их и присоединился к ним.

Заказ на рассылку сообщения в рамках договора на оказание услуг в сервисе «МТС Маркетолог» от 29.09.2023 создал Клиент данного сервиса – ИП * (рекламодатель).

В соответствии с п. 3.2.1 приложения № 1 к указанному выше договору ПАО «МТС» обязуется до начала оказания услуги получить от получателя согласие на получение рекламных материалов.

Вместе с тем согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера +7914 218 35 10, согласие на получение рекламы он не давал.

Ссылка ПАО «МТС» на пункт 7.6 Правил оказания услуг связи о наличии у абонента возможности отказаться от получения рекламы путем направления соответствующего заявления оператору связи является несостоятельной, поскольку такая возможность должна была быть предоставлена абоненту изначально, на этапе заключения Договора об оказании услуг связи.

Отсутствие договора об оказании услуг связи, заключенного между ПАО «МТС» и абонентом телефонного номера +7914 218 35 10 (заявителем), не позволяет сделать однозначный вывод о наличии либо отсутствии

согласия данного абонента. Иных доказательств наличия согласия заявителя на получение рекламы ПАО «МТС» не представило.

Учитывая изложенное, Хабаровское УФАС России не усматривает оснований считать, что согласие абонента у оператора связи имелось, поскольку соответствующее документальное и объективное подтверждение в материалах дела отсутствует.

Кроме того, письмом (вх. № 6102-ЭП/24 от 16.03.2024) ПАО «МТС» представило договор оказания услуг связи, заключенный 16.02.2008 между гр. * (первоначальным владельцем телефонного номера +7914 218 35 10) и ПАО «МТС».

Из текста данного договора следует, что его положения не оставляют абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения. Абонент лишен возможности непосредственно в момент подписания договора выразить отказ от получения рекламы.

Также из представленного ПАО «МТС» акта приема-передачи прав и обязанностей по договору об оказании услуг не следует, что рекламораспространителем получено согласие нового владельца телефонного номера +7914 218 35 10, которому данный номер телефона 23.08.2014 передан в пользование.

По смыслу пункта 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» действие данной нормы направлено на ограждение абонентов от нежелательный для них SMS-сообщений (телефонных звонков, сообщений, передаваемых по иным видам электросвязи) с рекламной информацией, на получение которой они не давали своего согласия.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с Правилами оказания услуг.

При присоединении абонента телефонного номера +7914 218 35 10 к Правилам оказания услуг связи МТС у клиента отсутствовала возможность отдельно согласиться на получение рекламной информации либо отказаться от её получения и он вынужден в целях получения абонентского номера присоединиться к данным Правилам. Подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

Представленные ПАО «МТС» доказательства получения предварительного согласия абонента на получение рекламы не свидетельствуют о том, что абонент (заявитель) в момент направления ему рекламы, добровольно согласился на получение рекламной информации, что также подтверждается и поступившей жалобой данного физического лица, настаивавшего на отсутствии с его стороны согласия на получение рекламной информации на свой номер телефона.

Следовательно, согласие абонента телефонного номера +7914 218 35 10, представленное ПАО «МТС» в виде договора на оказание услуг связи от 16.02.2008, которое последний выразил присоединившись к Правилам оказания услуг связи, не может рассматриваться как надлежащее.

Таким образом, рассылка SMS-сообщения абоненту телефонного номера +7914 218 35 10 произведена ПАО «МТС» при отсутствии надлежащего его согласия на получение рекламы.

Распространение рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента нарушает требования части 1

статьи 18 ФЗ «О рекламе» и, в силу пункта 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Установлено, что рекламораспространителем является ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4).

В соответствии с пунктом 4 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Местом регистрации физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, является г. Хабаровск.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1,2 статьи 36 Федерального Закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛ:

1. Признать ненадлежащей рекламу: *«Займ до 100 тыс.р. на срок до года. Подбор bestcash.io/r20»,* распространенную ПАО «МТС» на телефонный номер +7914 218 35 10 без согласия абонента на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Обязательное для исполнение предписание о прекращении нарушения законодательства РФ ПАО «МТС» не выдавать в связи с устранением нарушения в добровольном порядке.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Хабаровского 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 трехмесячный срок).

Председатель Комиссии

Члены Комиссии: