

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела об административном правонарушении

№022/04/14.3-130/2021 и проведении административного расследования

2 марта 2021г. г. Барнаул

Руководитель управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю <...>, рассмотрев материалы, представленные отделом контроля недобросовестной конкуренции и рекламы по материалам дела №№022/05/18-634/2020 о распространении 17.07.2020г. на абонентский номер заявителя посредством смс-сообщения с номера под буквенным обозначением «Promo» ненадлежащей рекламы, и в связи с непосредственным обнаружением должностным лицом достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, признал их достаточными для возбуждения дела.

Руководствуясь статьями 28.1, 28.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

УСТАНОВИЛ:

решением по делу №022/05/18-634/2020 рекламная информация: «Дизайнерские всесезонные загородные модульные дома из контейнеров, дешево и быстро. По промокоду «U2020» весь июль 2020г. СКИДКИ! Подробности на сайте <...> ООО «Дом Энергии», г. Москва, ул. Ленинская Слобода, дом №19, ОГРН 1177746501668», распространенная 17.07.2020г. на абонентский номер заявителя посредством смс-сообщения с номера под буквенным обозначением «Promo», признана ненадлежащей, поскольку при ее распространении нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно представленным материалам установлено следующее.

17.07.2020г. на номер заявителя с абонентского номера под буквенным обозначением «Promo» посредством смс-сообщения поступила рекламная информация: «Дизайнерские всесезонные загородные модульные дома из контейнеров, дешево и быстро. По промокоду «U2020» весь июль 2020г. СКИДКИ! Подробности на сайте <...> ООО «Дом Энергии», г. Москва, ул. Ленинская Слобода, дом №19, ОГРН 1177746501668». Заявитель указывает, что согласия на получение рекламы не давал.

В соответствии со ст.3 Федерального закона «О рекламе», под рекламой 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.

Согласно п.2 ст.3 Федерального 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.

Распространенная информация подпадает под понятие "реклама", поскольку обладает признаками рекламы – распространена по сетям электросвязи и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования. Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе выступает услуга по продаже домов из контейнеров, условия продажи продавца ООО «Дом Энергии».

Согласно ч.1 ст.18 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 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.

По информации, представленной ПАО «МТС», сервисный номер «Promo», с которого поступило рекламное сообщение, выделен в пользование ООО «Дом Энергии» (ИНН 7714994216) в рамках услуги «Рекламная кампания» в сервисе «МТС Маркетолог».

Услуга «Рекламная кампания» - услуга ПАО «МТС» по реализации рекламных кампаний. Информация об условиях оказания данной услуги, представления сервиса размещена в свободном доступе в круглосуточном режиме на официальном сайте ПАО «МТС» в информационно-телекоммуникационной сети интернет.

Указанная услуга представляет собой технологическую платформу для самостоятельной настройки клиентами своих рекламных компаний в формате единого окна. С помощью «МТС Маркетолог» возможно самостоятельно, без привлечения дополнительных сотрудников и обращения в ПАО «МТС» настроить рекламную кампанию и осуществлять рассылки SMS, PUSH уведомлений, сообщений в Viber и электронных писем потенциальным клиентам.

ООО «Дом Энергии» самостоятельно, путем принятия Оферты на сайте <http://marketolog.mts.ru/>, воспользовалось услугой в рамках указанного сервиса.

В заказе на оказания услуги ООО «Дом Энергии» не воспользовалось правом на оформление индивидуальной подписи, таким образом, услуга была оказана клиенту с использованием общей подписи «Promo», указанной в качестве имени отправителя смс-сообщений.

Оплата стоимости услуги «Рекламная кампания» была осуществлена клиентом, путем перечисления денежных средств на лицевой счет личного кабинета, выделенный ему в рамках оказания указанного сервиса.

Осуществление смс-рассылки в рамках услуги «Рекламная кампания» осуществляется ПАО «МТС» только тем абонентам, которые предоставили оператору свое согласие на получение рекламной информации.

По мнению ПАО «МТС» согласие заявителя на получение рекламных сообщений

было получено ПАО «МТС» при заключении с ним договора 02.02.2009г.

Неотъемлемой частью заключенного договора являются Условия оказания подвижной и радиотелефонной связи «МТС», представляющие собой публичную оферту и размещаемые на официальном сайте оператора www.mts.ru и выбранный абонентом тарифный план. Заключая договор о предоставлении услуг подвижной радиотелефонной связи МТС абонент-заявитель по данному делу, присоединился к условиям МТС, выразив безусловное согласие с данными условиями и иными частями договора. Согласно п.7.6 Условий МТС, заключая договор, абонент, тем самым, выражает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе.

Отказа от получения рекламы, распространяемой по сетям связи от заявителя в соответствии с п.7.6 условий МТС и ч.6. ст.45 Федерального закона «О связи» в ПАО «МТС» не поступало, в связи с чем ПАО «МТС» считает, что на момент отправки спорного сообщения располагало согласием заявителя на получение рекламной информации.

Антимонопольный орган, проанализировав Оферту на оказание услуги «Рекламная Кампания» в сервисе «МТС Маркетолог», установил, что в соответствии с п.5.2.4 МТС обязуется до начала оказания услуги получить от получателя согласие на получение рекламных материалов.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной 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», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

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.

Из содержания ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе» следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-

П), 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 (предоставления) услуг.

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 п.2 ст.10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Вместе с тем, оценивая текст Договора о предоставлении услуг связи МТС от 02.02.2009г., заключенного между ПАО «МТС» и заявителем, следует отметить, что заключая Договор, заявитель подтвердил, что выражает безусловное согласие с правилами оказания услуг связи МТС, являющимися неотъемлемой частью настоящего договора, путем проставления личной подписи в имеющейся графе для подписи. При этом бланк указанного Договора в принципе не оставляет абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения.

Таким образом, принимая условия оказания услуг связи, абонент фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламной информации в момент заключения Договора.

Доводы Общества о наличии у абонента возможности отказаться от получения рекламы путем направления соответствующего заявления оператору связи являются несостоятельными, поскольку такая возможность должна была быть предоставлена абоненту изначально, на этапе заключения Договора об оказании услуг связи.

Утверждение ПАО «МТС» о том, что выражая согласие со всеми условиями заключаемого Договора, абонент соглашается, в том числе и на получение рекламных сообщений от Общества, является неверным, поскольку включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении Договора на оказание услуг связи противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Как видно из Договора о предоставлении услуг связи МТС от 02.02.2009г., в нем содержится указание на то, что абоненту известны и понятны Правила оказания услуг связи МТС и тарифный план (рядом проставлена подпись абонента). Однако, из указанного документа невозможно установить, что конкретно содержалось в тексте правил, на каком сайте и по какой ссылке можно ознакомиться с текстом правил оказания услуг связи МТС.

Таким образом, рассмотрев представленные ПАО «МТС» доказательства получения согласия абонента <...> на распространение в его адрес рекламной информации, Комиссия Алтайского краевого УФАС России пришла к выводу, что указанные доказательства не позволяют с достоверностью установить предоставление данным абонентом безоговорочного согласия на получение им именно рекламной информации, а действия Общества по навязыванию абоненту таких услуг путем понуждения его к принятию соответствующих условий Договора является ничем иным, как злоупотреблением правом.

Вопреки позиции ПАО «МТС» не совершение абонентом действий по отказу от рекламной информации не является согласием на ее получение.

В соответствии с Офертой на оказание Услуги «Рекламная кампания», рекламный материал представляется клиентом в рамках определенной рекламной кампании для распространения. Следовательно, инициатором рассматриваемой рекламной информации выступило ООО «Дом Энергии».

ПАО «МТС» не представлено согласие заявителя на получение рекламной информации об услугах ООО «Дом Энергии», позволяющее однозначно подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, при распространении рекламы: «Дизайнерские всесезонные загородные модульные дома из контейнеров, дешево и быстро. По промокоду «U2020» весь июль 2020г. СКИДКИ! Подробности на сайте <...> ООО «Дом Энергии», г. Москва, ул. Ленинская Слобода, дом №19, ОГРН 1177746501668» 17.07.2020г. на абонентский номер заявителя посредством смс-сообщения с номера под буквенным обозначением «Promo» усматриваются признаки нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии п.4 ст.3 Федерального закона «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст.38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных ч.1 ст.18 настоящего Федерального закона несет рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ПАО «МТС» в ходе рассмотрения дела №022/05/18-634/2020 в антимонопольный орган предоставлены должностная инструкция для должности руководитель центра «Центр продуктов digital рекламы и информирования, Блок по клиентскому опыту и маркетингу, Корпоративный центр Группы МТС», а также приказ (распоряжение) о переводе работника на другую работу №004748-И-0000 от 29.11.2019г., согласно которому <...> переведена на должность руководителя центра Корпоративный центр Группы МТС Блок по клиентскому опыту и маркетингу Центр продуктов digital рекламы и информирования.

Нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч.1 ст.14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Принимая во внимание необходимость дополнительного выяснения обстоятельств дела, требующего значительных временных затрат, сопряженных с необходимостью установления лиц, причастных к распространению рассматриваемой рекламной информации, а также истребованием необходимых сведений, руководствуясь статьями 28.1, 28.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу об административном правонарушении по факту распространения 17.07.2020г. на абонентский номер заявителя посредством смс-сообщения с номера под буквенным обозначением «Promo» ненадлежащей рекламы, что влечет административную ответственность в соответствии с ч.1 ст.14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Провести административное расследование.

3. Права и обязанности лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, предусмотренные статьей 51 конституции Российской Федерации, статьями 25.1, 24.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях:

- никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом. Федеральным законом могут устанавливаться иные случаи освобождения от обязанности давать свидетельские показания;

- лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом;

- дело об административном правонарушении рассматривается с участием лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица дело может быть рассмотрено лишь в случаях, если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени рассмотрения дела и если от лица не поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела, либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения;

- производство по делам об административных правонарушениях ведется на русском языке - государственном языке Российской Федерации. Лицам, участвующим в производстве по делу об административном правонарушении и не владеющим языком, на котором ведется производство по делу, обеспечивается

право выступать и давать объяснения на родном языке, а также пользоваться услугами переводчика;

- при наличии смягчающих обстоятельств, приложить подтверждающие документы.

Руководитель управления

Государственный советник РФ 2 класса <...>