

ПАО «МТС»

Марксистская ул., 4

г. Москва, 109147

Мало-Тобольская ул., д. 25-б

г. Барнаул, 656049

ООО «Дом Энергии»

Ленинская Слобода ул., д.19, ком. 21у

г. Москва, 115280

Заявителю

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №022/05/18-634/2020

Решение принято 6 ноября 2020 года

Решение изготовлено в полном объеме 11 ноября 2020 года г. Барнаул

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

<...> – специалист-эксперт отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

рассмотрев дело №022/05/18-634/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения на номер заявителя, в которой усматриваются признаки нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, ПАО «МТС» - <...> (Доверенность №04/2018 от 22.02.2018г.),

в отсутствие заинтересованного лица – ООО «Дом Энергии»,

в отсутствие заявителя,

УСТАНОВИЛА:

дело №022/05/18-634/2020 возбуждено по результатам рассмотрения заявления гражданина Российской Федерации по факту поступления на номер заявителя нежелательной рекламы посредством смс-сообщения.

Усмотрев в рассматриваемой рекламе признаки нарушения Федерального закона «О рекламе», антимонопольным органом 06.08.2020г. возбуждено производство по настоящему делу. Лицом, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, признано ПАО «МТС», в качестве заинтересованного лица – ООО «Дом Энергии». Рассмотрение дела назначено на 03.09.2020г.

03.09.2020г. Комиссией рассмотрение дела отложено до 30.09.2020г., в связи с удовлетворением ходатайства ПАО «МТС» о продлении срока предоставления информации и об отложении рассмотрения дела на иную дату.

В соответствии с пунктом 3.41 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 23.11.2012 №711/12, в указанную дату рассмотрение дела отложено до 22.10.2020 года в виду отсутствия кворума на заседании Комиссии.

22.10.2020г. в связи с неблагоприятной санитарно-эпидемиологической обстановкой на территории Российской Федерации, в частности Алтайского края, связанной с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19), и в соответствии с пунктом 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 N 508 (далее - Правила), рассмотрение дела отложено до 06.11.2020г.

В указанную дату представитель ООО «Дом Энергии» и заявитель, о дате и месте рассмотрения дела извещены надлежащим образом, что в силу п.30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, не является для Комиссии препятствием к рассмотрению дела по существу в данном заседании.

На основании изложенного, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие представителя «Дом Энергии» и заявителя.

Комиссия, изучив материалы дела, дав им надлежащую оценку, пришла к следующим выводам.

Согласно материалам дела 17.07.2020г. в 11:01 на номер заявителя (+<...>) с абонентского номера под буквенным обозначением «Ргто» 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».

ПАО «МТС» представлена информация, согласно которой 02.02.2009г. между компанией МТС и гр. <...> был заключен договор на оказание услуг связи МТС с выделением в пользование абонентского номера +7-<...>. На момент заключения договора с гр. <...> действовали Правила оказания услуг связи МТС в редакции от 28.05.2008г. Подписанием договора абонент выразил безусловное согласие с Правилами оказания услуг подвижной и радиотелефонной связи «МТС».

Согласно п. 7.6 Правил оказания услуг связи в редакции от 28.05.2008г. абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда возможность такого отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе, путем направления оператору соответствующего письменного уведомления.

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.

В Договоре о предоставлении услуг связи МТС от 02.02.2009г., заключенном ПАО «МТС» с гр. <...>, отсутствует отметка о «согласии» или «несогласии» на получение рекламной информации.

Пункт 21.1 статьи 2 Федерального закона "О связи" закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается 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 Федеральный 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.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статьей 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливается порядок осуществления рассылки сообщений рекламного характера.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона "О связи".

Согласно ч.1 ст.44.1 Федерального 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.

По информации, представленной ПАО «МТС», сервисный номер «Proto», 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 абонента +7-<...> 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 абонента <...> 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 <...> на получение рекламной информации.

ООО «Дом Энергии» представлены письменные пояснения, в соответствии с которыми, согласно юридической информации, расположенной на сайте ПАО «МТС» по адресу <https://marketolog.mts.ru/faq/94> реклама рассылается только тем абонентам, которые при заключении договора с ПАО «МТС» дали согласие на получение рекламно-информационных сообщений. Более того, МТС со своей стороны гарантировал, что при использовании базы оператора автоматическая рассылка рекламных сообщений будет осуществляться только тем получателям, которые предоставили предварительное и надлежаще оформленное согласие на получение таких рекламных сообщений, как этого требует законодательство Российской Федерации.

Таким образом, ООО «Дом Энергии» не является оператором связи, предоставляющим услуги абонентам, и юридически не может получать согласия

абонентов ПАО «МТС» на рассылку каких-либо материалов, в том числе и рекламных.

На заседании Комиссии представитель ПАО «МТС» <...> письменные пояснения поддержал в полном объеме, дополнительно пояснил, что при заключении договора на оказание услуг связи МТС с <...> 02.02.2009г., в регистрационной форме поле о согласии или несогласии получения рекламы отсутствовало.

Комиссия Алтайского краевого УФАС России не может согласиться с доводами ПАО «МТС», исходя из следующего.

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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

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 абонентом <...>, следует отметить, что заключая Договор, <...> 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.

Более того необходимо отметить, что <...>, являясь абонентом ПАО «МТС», неоднократно обращался в Алтайское краевое УФАС России с заявлениями о поступлении нежелательной рекламы на мобильный телефон, о чем ПАО «МТС» было доподлинно известно.

На заседании Комиссии Миндергасов С.В. сообщил, что представитель ПАО «МТС» связывался с <...> с предложением написать отказ на получение рекламной информации, но <...> отказался от предложения оператора.

Вместе с тем, ПАО «МТС» зная, что <...> неоднократно выражал свое несогласие на получение рекламы, не предприняло действий по недопущению распространения рекламы на абонентский номер <...>.

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 <...> на получение рекламной информации об услугах ООО «Дом Энергии», позволяющее однозначно подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В соответствии с 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.

Из материалов дела следует, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124).

Согласно п.47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из заявки ООО «Дом Энергии» на размещение рекламных материалов, представленной ПАО «МТС» следует, что период распространения рассматриваемой рекламы – 16.07.2020г.-26.07.2020г., следовательно, в настоящее время реклама не распространяется.

На основании изложенного и руководствуясь п.1 ч.2 ст.33, ч.1 ст.36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с абз. а) п.36, пп.37-42, п.47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «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», распространенную 17.07.2020г. на абонентский номер заявителя посредством смс-сообщения с номера под буквенным обозначением «Promo», поскольку при ее распространении нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с нецелесообразностью.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Алтайского краевого УФАС России, для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном ст.14.3 КоАП РФ.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>