

ПАО «М»

гр. Г.

"..."

РЕШЕНИЕ

по делу № 017/05/18-4/2021

30 апреля 2021 года
Кызыл

Г.

Резолютивная часть решения объявлена 20 апреля 2021 года

Решение изготовлено в полном объеме 30 апреля 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее - Тывинское УФАС России) по рассмотрению дела № 017/05/18-4/2021 по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

О. – заместитель руководителя управления – начальник отдела контроля закупок и антимонопольного контроля органов власти Тывинского УФАС России,

Члены Комиссии:

О. – ведущий специалист - эксперт отдела антимонопольного

контроля и рекламы Тывинского УФАС России;

О. – специалист – эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России;

при участии в рассмотрении дела посредством видеоконференц-связи представителя Публичного акционерного общества «М» Ч., доверенность от 23.04.2019 года,

рассмотрев дело № 017/05/18-4/2020, возбужденное в отношении Публичного акционерного общества «М» (ИНН "...", ОГРН "...", юридический адрес: "...") (далее – ПАО «М», оператор связи) по признакам нарушения требований части 1 статьи 18, Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Тывинского УФАС России 11.02.2021 года (вх. № 617) поступило обращение гражданина Г. (далее – гр. Г.) о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленное с ФАС России.

10.02.2021 года в 14:32 гр. Г. на свой абонентский номер +79"..." получил смс-сообщение, отправленное с «М» следующего содержания:

«Музыка и фильмы без рекламы и ограничений – бесплатно на 30 дней с Яндекс.Плюс Мегафон! Специально для Вас – тысячи фильмов и сериалов на КиноПоиск HD и более 60 млн треков на Яндекс.Музыке в одной подписке. Слушайте музыку и смотрите кино, не расходуя интернет по тарифу. А также получайте кешбэк баллами за поездки на такси через Яндекс Go. Подробнее: <https://i.megafon.ru/QwDU3DaZvh2ulwS1>».

Согласно информации Заявителя (от 10.02.2021 года вх. № 617) +79"..." принадлежит номерной емкости оператора сотовой связи – ПАО «М».

Вышеуказанная реклама была распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации абонентский номер +79"..." принадлежит номерной емкости оператора сотовой связи – ПАО «М».

Согласно информации ПАО «М» от 25.02.2021 года (вх. № 869) следует, что при заключении Договора гр. Г. своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями Договора, а также зоной обслуживания сети Оператора, согласен на получение рекламы при использовании услуг. По сведениям Общества, до настоящего времени, абонент, использующий абонентский номер +7"..."., с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

Факт поступления рассматриваемой рекламы на номер заявителя подтверждается детализацией услуг за 10.12.2020 года.

Вместе с тем, гр. Г. дополнительно пояснил (от 17.02.2021 года вх. № 722), что 04.02.2021 года после очередного рекламного звонка от бота М в 13:40 он позвонил в М и дал им свой устный отказ от всего рекламного контента их и их партнеров. После чего, оператор связи установил у него «все» запреты и отказы о рекламе, что подтверждается приложенными снимками экрана телефона из личного кабинета М. 10.02.2021 года заявитель, получив рекламное сообщение несмотря на все установленные запреты в 14:36 позвонил вновь в М, где старший менеджер ему ответил, что на это рекламное сообщение их запреты не распространяются.

К данному пояснению гр. Г. приложил снимки с экрана телефона на 4 листах, согласно которым установлено следующее:

15.05.2019 года в 11:04 подключена услуга «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail»,

15.05.2019 года в 11:05 подключена услуга «Отказ от предложений партнеров в SMS, MMS»,

04.02.2021 года в 13:36 подключена услуга «Отказ от телемаркетинга оператора»,

04.02.2021 года в 13:36 подключена услуга «Отказ от уведомлений

оператора в сервисах USSD».

По данному факту определением Тывинского УФАС России от 03.03.2021 года в отношении ПАО «М» возбуждено дело № 017/05/18-4/2021 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Кроме того, определением от 03.03.2021 года от ПАО «М» в срок до 22.03.2021 года были запрошены письменные пояснения по существу вменяемого нарушения, а также информация и надлежащим образом заверенные копии следующих документов:

- предварительное согласие гр. Г. на получение рекламного сообщения, поступившего на его абонентский номер 10.02.2021 года;
- письменное объяснение о том, каким образом осуществлена отправка смс-сообщения, с указанием пошаговых действий Общества при распространении рассматриваемой рекламы на номер гр. Г.;
- сведения о рекламоизготовителе рассматриваемой рекламы, с приложением договора на изготовление и документов, подтверждающих оплату;
- меры, принятые по соблюдению требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламы по сетям электросвязи, с приложением подтверждающих документов;
- письменные пояснения по факту возбужденного дела № 017/05/18-4/2021;
- иные документы, имеющие значение для рассмотрения настоящего дела;
- учредительные документы (ИНН, ОГРН, Устав), в том числе копию документа, подтверждающего полномочия законного представителя ПАО «М» с копией паспорта (страница с ФИО, датой и местом рождения, страница с адресом регистрации).

Вместе с тем, в назначенное время 30.03.2021 года на рассмотрение дела № 017/05/18-4/2021 законный представитель ПАО «М» не явился, представителя с должным образом оформленными полномочиями не направил, ходатайств не заявлял, а также не представил в адрес Тывинского УФАС России информацию, запрошенную определением от 03.03.2021 года.

В этой связи Комиссия Тывинского УФАС России определением от 30.03.2021 года отложила рассмотрение дела № 017/05/18-4/2021 до 20.04.2021 года 15 часов 00 минут и повторно запросила необходимую информацию.

В адрес Тывинского УФАС России 01.04.2021 года от ПАО «М» поступили пояснения (вх. № 1595 от 01.04.2021 года) о том, что после получения информации о направлении смс-рассылки рекламного содержания без согласия абонента Общество предприняло меры по устранению данного нарушения, а именно – по прекращению направления в адрес заявителя рекламы. Также в компании проведен инструктаж сотрудников, участвующих в реализации рекламных смс-сообщений, в ходе которого им были разъяснены положения законодательства о рекламе и о необходимости в строгие соблюдения требований законодательства о направлении рекламы только тем абонентам, которые дали согласие на ее получение. Также в пояснениях Общество отметило, что пунктом 4 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 года № 1922 установлена специальная подведомственность дел по факту распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а именно такие дела рассматриваются по месту нахождения заявителя. Поскольку адресом нахождения заявителя является Ленинградская область и сведений о распространении рекламы на территории Республики Тыва материалами дела не установлено, по мнению Общества изложенное может свидетельствовать о превышении административным органом своих полномочий, что является основанием для отмены судом вынесенного решения.

Исследовав материалы дела № 017/05/18-4/2021, Комиссией Тывинского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно статьи 3 Закона 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 или поддержание 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, п.3 указанной статьи товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с данным определением в статье 3 Закона о рекламе рассматриваемое смс-сообщение следующего содержания: «Музыка и фильмы без рекламы и ограничений – бесплатно на 30 дней с Яндекс.Плюс Мегафон! Специально для Вас – тысячи фильмов и сериалов на КиноПоиск HD и более 60 млн треков на Яндекс.Музыке в одной подписке. Слушайте музыку и смотрите кино, не расходуя интернет по тарифу. А также получайте кешбэк баллами за поездки на такси через Яндекс Go. Подробнее: <https:i.megafon.ru/QwDU3DaZvh2ulwS1>» является рекламой, так как адресовано неопределенному кругу лиц и направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования, формированию, поддержанию интереса к нему и его продвижению на рынке – услуги «Яндекс.Плюс», «Яндекс.Музыка».

Согласно части 1 статьи 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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.

Учитывая, что рассматриваемое смс-сообщение является рекламой, отправка сообщения должна быть совершена только при наличии согласия абонента.

Гр. Г. обращаясь с заявлением в антимонопольный орган указал, что не давал своего согласия на получение рекламы.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» данный Закон 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.

Согласно пункту 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.

Таким образом, надлежащим согласием на получение рекламы являются сведения, идентифицирующие лицо, дающее согласие, явно выражающие его волю на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть получено предварительно, то есть до осуществления действий по отправке рекламы.

Согласно письму ФАС России от 11.11.2019 года №ДФ/98054/19, согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее (определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 года № 309-КГ17-22298 по делу № А60-63378/2016). В данном случае ВС РФ указал, что абонентом подписан договор, в котором указано на согласие абонента на получение рекламы, никаких отметок о несогласии или об отказе от

получения рекламы в договоре не проставлено, что свидетельствует о том, что при заключении договора абонент выразил свое согласие 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.

В материалы дела № 017/05/18-4/2021 заявителем представлены документы, подтверждающие установление запретов на направление ему рекламы.

Определениями от 03.03.2021 года и 30.03.2021 года неоднократно запрашивались письменные пояснения относительно направления рекламы с учетом подключённых заявителем услуг блокировки отправлений сообщений рекламного характера по инициативе оператора связи и партнеров оператора.

Также частью 1 статьи 18 Закона о рекламе именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывания предварительного получения такого согласия.

Таким образом, перед осуществлением действий по рассылке рекламы рекламораспространитель обязан убедиться в наличии согласия лица.

Однако пояснений о причинах направления рекламы заявителю с учетом наличия блокировки и подтверждающих документов оператором связи не представлено.

Кроме того, каких-либо доказательств, принятия мер после подключения блокировки отправлений сообщений рекламного характера, а также до фактического поступления заявителю рассматриваемой рекламы ПАО «М» также не представило.

На основании изложенного, заявителю на его телефонный номер +79"..." 10 февраля 2021 года в 14:32 поступило смс-сообщение рекламного характера с номера «М» без предварительного согласия абонента.

В связи с тем, что заявитель отказался от получения рекламы на момент отправки смс-сообщений рекламного, а Тывинским УФАС России не получено документов и сведений, подтверждающих

наличие предварительного согласия заявителя от ПАО «М» на момент осуществления ему рекламной рассылки, распространение указанной смс-рекламы противоречит части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

На основании части 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 указанного Закона несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем рекламы посредством отправления смс-сообщений с номер «М» без предварительного согласия абонента является ПАО «М».

Доводы ПАО «М» об отсутствии полномочий Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела основаны на неверном толковании действующего законодательства на основании следующего.

В силу пунктов 3 и 4 Правил от 24.11.2020 N 1922 с 01.01.2021 дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона "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.

Согласно разъяснениям ФАС России в письме от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» следует, что заявления граждан о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе", поступившие по электронной почте, могут быть направлены в территориальные органы ФАС России в соответствии с пунктом 6 Правил - по поручению ФАС России, посредством перенаправления заявления

гражданина на электронную почту территориального органа. При таком перенаправлении заявления гражданина в электронном письме указывается входящий номер заявления, присвоенный ФАС России.

После перенаправления заявления в электронном письме ФАС России дополнительно направляет в территориальный орган реестр с указанием входящих номеров заявлений, направленных в соответствующий территориальный орган.

В сопроводительных письмах к реестрам, направляемым ФАС России в адрес территориальных органов, содержится прямое указание на то, что территориальные органы ФАС России в силу пункта 6 Правил наделены полномочиями по возбуждению и рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации по обращениям заявителей, указанным в приложении к такому реестру.

Такое перенаправление ФАС России заявления гражданина о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» на рассмотрение в территориальный орган, является наделением территориального органа полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе по основаниям пункта 6 Правил.

Учитывая изложенное, при поступлении на электронную почту территориального органа ФАС России письма, содержащего заявление гражданина о нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона "О рекламе", от отправителя "ФАС России" (адрес электронной почты: delo@fas.gov.ru), такое заявление подлежит рассмотрению по существу получившим его территориальным органом ФАС России в установленный законом срок.

В этой связи, Комиссия Тывинского УФАС России отмечает, что в материалах дела № 017/05/18-4/2021 имеется письмо и реестр писем ФАС России, подтверждающие наделение Тывинского УФАС России полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела по признакам нарушения Закона о рекламе по заявлению гражданина Г.

Согласно части 1 статьи 36 Закона о рекламе антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам рассмотрения таких дел решения и выдает предписания, предусмотренные

настоящим Федеральным законом.

В материалах дела № 017/05/18-4/2021 отсутствуют документальные доказательства принятия мер ПАО «М» по прекращению распространения рекламы на номер заявителя, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «М» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508, Комиссия Тывинского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать Публичное акционерное общество «М» (ИНН "...", ОГРН "...", юридический адрес: "...") нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», выразившееся в распространении рекламы следующего содержания: «» по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.
2. Выдать Публичному акционерному обществу «М» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тывинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении виновных лиц.

Члены Комиссии

"..."

"..."

Согласно статьи 37 Закона о рекламе решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.