

Решение

Публичное акционерное общество "Мобильные ТелеСистемы" 109147, г. Москва, Марксистская ул., д. 4 sadyagilev@mts.ru, info@mts.ru

<...>

12 декабря 2023 года

(изготовление решения в полном объеме)

29 ноября 2023 года

(оглашение резолютивной части) г. Сыктывкар

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее - Коми УФАС России) по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия), в составе:

председатель Комиссии: <...>;

члены Комиссии: <...>; <...>,

рассмотрев дело № 011/05/18-930/2023, возбужденное в отношении публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы», (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001, место нахождения: 109147, г. Москва, Марксистская ул., д. 4) (далее – ПАО «МТС») по факту распространения 28.08.2023 в 18 часов 21 минуту, 19.09.2023 в 14 часов 07 минут на абонентский номер <...> с абонентского номера с буквенным обозначением «ТК-Sever» СМС-сообщений с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»

(далее – Закон о рекламе),

в отсутствие:

- заявителя, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела;

в присутствии: <...>,

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило заявление <...> от 19.09.2023 (вх. № 6360-эп/23 от 19.09.2023) о распространении на его абонентский номер рекламных СМС-сообщений с нарушением требований рекламного законодательства.

По результатам рассмотрения указанного заявления принято решение о возбуждении дела № 011/05/18-930/2023 в отношении ПАО «МТС» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № ПК/6806/23 от 03.11.2023.

Из материалов дела № 011/05/18-930/2023 (далее – рекламное дело) установлено нижеследующее.

Из заявления следует, что на мобильный телефон с абонентским номером <...> с абонентского номера с буквенным обозначением «ТТК-Sever» поступили рекламные СМС-сообщения следующего содержания:

- 28.08.2023 в 18 час. 21 мин. - «Домашний ИНТЕРНЕТ! Успей подключить 400 руб! Тел: 89121610139»,

- 19.09.2023 в 14 час. 07 мин. – «Акция! Интернет+ТВ 510руб в мес. Подробности по тел: 89829500446».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе, реклама – 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством СМС-сообщений;

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: услугам домашнего интернета, формирование или поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная посредством СМС-сообщений на абонентский номер <...>, является рекламой (далее –

рассматриваемая реклама).

В силу положений, установленных 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. 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 рекламодателя.

В соответствии с Разъяснениями ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

<...> указывает, что согласия на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, ответственность несет рекламодатель.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ПАО «МТС» письмом № СЗ 02.6-03/КИ-Б/119исх. от 24.11.2023 (вх. 8489-ДСП/23 от 24.11.2023) сообщило, что указанные в Определении СМС-сообщения были направлены на абонентский номер заявителя в рамках оказания услуги «Рекламная кампания» в сервисе «МТС Маркетолог». Инициатором (заказчиком) рассылки выступило ООО «ТТК-связь», заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг в сервисе МТС-маркетолог и оформившее заказ на рассылку, в соответствии с которым была оказана услуга ПАО «МТС» по реализации рекламных кампаний по каналу SMS.

ПАО «МТС» сообщило, что реклама распространяется ПАО «МТС» по собственной абонентской базе среди абонентов, выразивших ПАО «МТС» при заключении договора оказания услуг подвижной связи свое согласие на получение от него рекламы и на использование сведений о них в целях продвижения услуг и не отозвавших его на момент оказания услуги. При выборе списка получателей рекламной кампании ПАО «МТС» применяется набор критериев, определенных рекламодателем.

ПАО «МТС» указывает, что согласно условиям договора, перед непосредственным распространением рекламных материалов, предоставленных клиентом в составе заказа в его личном кабинете, ПАО «МТС» осуществляет модерацию рекламных

материалов, оценку стоимости заказа и возможности оказания услуги с учетом заданных клиентом параметров. В связи с чем, в рамках оказания услуги ПАО «МТС» «Рекламная кампания» в сервисе «МТС Маркетолог» оператор связи выступает рекламодателем, а, следовательно, в силу статьи 18 Закона о рекламе несет бремя доказывания наличия согласия получателя рекламы, а клиент, принявший оферту на оказание услуги и разместивший свой заказ, – рекламодателем.

ПАО «МТС» пояснило, что в соответствии со статьёй 44 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключенного в соответствии с гражданским законодательством, настоящим Федеральным законом и правилами оказания услуг связи. Договор на предоставление услуг связи ПАО «МТС» с выделением в пользование абонентского номера <...> был заключен с абонентом 24.05.2003г. Договор в архиве не найден. Подписанием абонентского договора абонент присоединился к правилам предоставления услуг «Джинс» (далее Правила Джинс), выразив безусловное согласие с данными правилами. В правилах Джинс был установлен единый порядок изменения договора, в соответствии с которым оператор вправе вносить изменения в правила направлением абоненту уведомления о внесении изменений. Если оператор не получит в течение тридцати дней от даты соответствующего уведомления письменный отказ абонента от принятия таких изменений, и абонент продолжит пользование услугами на условиях новых правил, изменения к правилам будут считаться принятыми абонентом. В 2005 году приказом ОАО «МТС» были утверждены единые для абонентов Правила оказания услуг подвижной радиотелефонной связи «МТС» для применения на всей территории сети «МТС». В 2006 году в связи с введением в действие Закона о рекламе в целях приведения Правил «МТС» в соответствие с новыми требованиями нормативно-правовых актов были введены дополнения в Правила «МТС», а именно добавлен пункт 7.7. следующего содержания: «Абонент вправе 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. 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». От <...> письменного заявления об отказе от принятия дополнений в новую редакцию Правил «МТС» не поступало. Обслуживание абонента продолжилось на условиях новой редакции Правил «МТС».

Таким образом, по мнению ПАО «МТС», согласие <...> на получение рекламных сообщений было получено ПАО «МТС» в 2006 году в период действия договора на оказание услуг связи от 11.10.2003 путем присоединения к Правилам МТС в редакции, введенной в действие в 2006 году.

Рассмотрев материалы рекламного дела, изучив представленные сторонами доводы, Комиссия Коми УФАС России приходит к нижеследующим выводам.

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

Частью 7 статьи 38 Закона о рекламе установлено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона, несёт рекламораспространитель. При этом Законом о рекламе не установлено ограничений в отношении количества лиц, которых можно признать рекламораспространителями.

Рекламораспространителями являются лица, осуществляющие фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Из материалов рекламного дела установлено, что рекламораспространителем рассматриваемых реклам является ПАО «МТС».

По мнению ПАО «МТС», при заключении договора об оказании услуг связи между ПАО «МТС» и заявителем, абонент выражает свое согласие на возможность получения рекламной информации от оператора и/или его партнеров, распространяемой по сетям связи.

Указанный довод ПАО «МТС» о получении им согласия абонента при заключении заявителем договора об оказании услуг связи является несостоятельным ввиду следующего.

Согласно пункту 7.7. Правил «МТС» абонент вправе 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. 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.

Из материалов рекламного дела усматривается, что согласие на получение рекламной информации от ПАО «МТС» дается абонентом автоматически, при этом поля для его прямого волеизъявления в части получения рекламы не предусмотрено.

Вместе с тем, согласно сформировавшейся судебной практике, согласие на рассылку рекламных сообщений, включенное в текст договора и/или согласия на обработку персональных данных, является заведомо ненадлежащим, поскольку у

потенциального клиента нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации. Если у клиента в момент заключения договора отсутствует возможность не согласиться с получением рекламы на свой мобильный номер телефона, и для отказа от получения рекламных сообщений возникает необходимость совершить ряд дополнительных действий, в то время как для их получения достаточно лишь заключить договор, то подобное положение прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т.п.) рекламы (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.10.2023 по делу № А40-20833/2023).

При таких обстоятельствах в материалах рекламного дела отсутствуют доказательства получения ПАО «МТС» предварительного согласия заявителя на получение на его абонентский номер рассматриваемой рекламы.

Из материалов рекламного дела усматривается, что в рассматриваемом случае ПАО «МТС» имело правовую и техническую возможность контролировать соблюдение норм действующего законодательства и принимать меры по недопущению распространения нежелательной рекламы.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы лежит на лице, ее распространившем.

Исходя из того, что часть 1 статьи 18 Закона о рекламе содержит императивное указание на обязанность рекламораспространителя доказывать наличие согласия абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, а пункт 15 Постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» называет в качестве адресата исключительно лицо, на чей телефон непосредственно поступила соответствующая реклама, – рекламораспространитель обязан доказать наличие согласия на получение рекламы, полученного непосредственно от лица, на чей телефон она поступила.

Таким образом, по смыслу приведенного положения, в целях соблюдения требований действующего законодательства на рекламораспространителя возложена безусловная ответственность за объективность данных о согласии на получение рекламы, данном непосредственно тем лицом, на чей номер телефона направляется реклама посредством электронной связи.

При этом обязанность по проверке соответствующих сведений прямо следует из толкования части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не может быть проигнорирована рекламораспространителем в связи с возникающими сложностями в ее подтверждении.

В материалах рекламного дела отсутствуют, ПАО «МТС» не представлено доказательств, подтверждающих наличие у ПАО «МТС» согласия <...> на получение рекламной информации.

Учитывая вышеизложенное, поскольку в рассматриваемом случае на момент распространения рассматриваемых реклам, согласие абонента на получение рекламы отсутствовало, ПАО «МТС», являясь рекламораспространителем рассматриваемых реклам, нарушило требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно письменным пояснениям, представленным ПАО «МТС» в материалы рекламного дела, ответственным за распространение рассматриваемых реклам является <...>.

В материалы рекламного дела ПАО «МТС» представлены копии трудового договора, дополнительное соглашение к договору, приказ ПАО «МТС» о переводе работника на другую работу, должностной инструкции.

В соответствии с разделом 2 должностной инструкции <...> функциями, в том числе иницирует и контролирует проекты по модернизации и развитию услуг «МТС Маркетолог», «Мобильная Реклама», «МТС Коммуникатор», «SMS-Трафик»; осуществляет активности по модернизации и оптимизации бизнес-процессов, процедур, клиентской документации, рекламных и информационных материалов по услугам «МТС Маркетолог», «Мобильная Реклама», «МТС Коммуникатор», «SMS-Трафик».

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе произошло по вине ПАО «МТС» и должностного лица ПАО «МТС» – <...>.

Обстоятельств, как исключаяющих возможность соблюдения ПАО «МТС» и должностным лицом ПАО «МТС» – <...> требований рекламного законодательства, так и свидетельствующих о принятии ими всех зависящих от них мер по соблюдению требований рекламного законодательства, не усматривается.

Таким образом, ПАО «МТС» и должностным лицом ПАО «МТС» – <...> нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

В контексте Закона о рекламе «распространение» не означает направление электросигнала, транслирующего рекламу, к приемному устройству, а означает момент, когда реклама становится доступной для восприятия потребителя; местом совершения правонарушения будет являться территория субъекта Российской Федерации, на которой была распространена (доведена до потребителя) реклама. Из материалов рекламного дела усматривается, что абонентский номер заявителя входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи на территории Республики Коми. Заявитель проживает в Республике Коми.

Следовательно, субъектом Российской Федерации, на территории которого была распространена (доведена до потребителя) реклама, является Республика Коми.

На дату принятия Комиссией решения в материалах рекламного дела отсутствуют доказательства прекращения распространения ненадлежащей рекламы.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «МТС» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона 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 РФ от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламы, распространенные на абонентский номер <...> 28.08.2023 в 28.08.2023 в 18 часов 21 минуту, 19.09.2023 в 14 часов 07 минут с абонентского номера с буквенным обозначением «ТТК-Sever» в форме СМС-сообщений следующего содержания:

- «Домашний ИНТЕРНЕТ! Успей подключить 400 руб! Тел: 89121610139»;

- «Акция! Интернет+ТВ 510руб в мес. Подробности по тел: 89829500446»,
ненадлежащими, поскольку они распространены с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении ПАО «МТС» (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001) дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении должностного лица ПАО «МТС» <...> дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 12 декабря 2023 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

<...>

<...>

<...>

2023-5508

