**ОПРЕДЕЛЕНИЕ**

**О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ №78/18**

27 февраля 2019г. г.Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: И.В. Волохина - заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

члены комиссии: Ю. В. Виногорова – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

М.О. Хрипченко – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

рассмотрев дело №78/18, возбужденное по факту поступления SMS-сообщений следующего содержания: «*14-15.09.2018 Сделай осень ярче в «РивГош»! Скидки до 40% на парфюмерию и косметику, Золотая карта в подарок! Магазины: rgch.sale/gyo (отправлено МТС)*» на абонентский номер заявителя …, 13.09.2018г. в 11:57 с телефонного номера с буквенным идентификатором – «RiveGauche», с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

**в присутствии:**

...

**в отсутствии:**

...

УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступило заявление физического лица (вх. №7998 от 24.09.2018) о нарушении требований Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» по факту рассылки на абонентский номер заявителя … SMS-сообщений следующего содержания:

«*14-15.09.2018 Сделай осень ярче в «РивГош»! Скидки до 40% на парфюмерию и косметику, Золотая карта в подарок! Магазины: rgch.sale/gyo (отправлено МТС)*».

По результатам рассмотрения заявления Новосибирским УФАС России возбуждено данное дело. Комиссией Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе установлено следующее.

На абонентский номер заявителя …13.09.2018г. в 11:57 поступило сообщение вышеуказанного содержания. Отправитель обозначен буквенным идентификатором – «RiveGauche».

В соответствии со ст.3 ФЗ «О рекламе», рекламой является информация, распространяемая 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 - это 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.

В силу требований, установленных ч.1 ст.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 сообщается заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».

Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Материалами дела подтверждается, что в момент получения рекламного сообщения действовали утвержденные оператором Правила оказания услуг подвижной радиотелефонной связи «МТС» от 24.11.2006, т.е. до даты заключения Договора об оказании услуг связи МТС между оператором связи и заявителем – 26.03.2007г., с предоставлением абонентского номера +…. Договор об оказании услуг связи МТС представляет собой совокупность трех документов: регистрационной формы, Условий оказания услуг подвижной связи МТС (далее - Условия МТС) и условий выбранного абонентом тарифного плана.

Подписанием Договора об оказании услуг подвижной радиотелефонной связи

МТС, абонент присоединился к Условиям МТС, выразив согласие с данными правилами.

24.11.2006г. утверждена новая версия Правил оказания услуг подвижной радиотелефонной связи «МТС», согласно п. 7.6. которых 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 связи 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.

Указанные Правила были размещены на интернет-сайте оператора связи: www.mts.ru.

В адрес ПАО «МТС» письменного отказа заявителя от принятия изменений указанных Правил, а также письменного отказа от возможности получения рекламы не поступало.

13.09.2018 г. в 11:57 на абонентский номер … зафиксированы входящие SMS-сообщения с SMS-центра ПАО «МТС» ….

Материалами подтверждается, что распространение рекламы осуществлено посредством последовательных действий АО «Загрузка», ООО «Стрим» и ПАО «МТС» (договор №145/4-2015 от 01.12.2015г., договор №D130524209 от 14.02.2014 г.), состоящих в следующем: рассылка мобильной рекламы с помощью Каналов коммуникации.

Согласно материалам, номер SMS-центра +… находится в диапазоне номеров, выделенных ПАО «МТС» (Новосибирская обл.). Отсутствие участия оператора связи – ПАО «МТС», в передаче SMS-сообщений делает такую передачу невозможной.

ПАО «МТС» является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи SMS-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям.

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Закона о рекламе, данный Федеральный закон не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Значит, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Верховный Суд Российской Федерации в решении от 06.04.2010 №ГКПИ10-63 указал, что каждый оператор связи устанавливает свои правила оказания услуг связи, являющиеся неотъемлемой частью договора.

Согласно договору от 26.03.2007г., подписанному заявителем и предоставленному в материалы дела, при подписании договора абонент выражает безусловное согласие с правилами оказания услуг подвижной радиотелефонной связи МТС, являющимися неотъемлемой частью настоящего Договора. Данные правила, а также указанный тарифный план абонентом получены, их условия абоненту известны и понятны.

Совокупный анализ договора об оказании услуг связи от 26.03.2007 и пункта 7.6 Правил оказания услуг подвижной радиотелефонной связи «МТС» позволяет сделать вывод о том, что абонентом дано согласие на рассылку рекламы не только относительно услуг, оказываемых оператором - ПАО «МТС», но и от партнеров последнего. В договоре от 26.03.2007 не конкретизировано, что он согласен на получение рекламы только от оператора связи (изменение тарифа, установка дополнительных услуг и т.д.).

В данном случае, подписание абонентом договора об оказании услуг связи от 26.03.2007, содержащего вышеназванные условия, считается его предварительным согласием на получение рекламы. При этом абонентом дано согласие на получение любой рекламы, рекламораспространителем которой является ПАО «МТС», независимо от содержания такой рекламы и того, кто именно является рекламодателем - сам оператор или третьи лица.

Кроме того, ПАО «МТС» представлено Дополнительное соглашение к Договору о предоставлении услуг подвижной радиотелефонной связи от26.03.2007г., подписанный заявителем. Согласно данному соглашению:

- Абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламй распространяемой по сетям связи, когда возможность такого отказа предусмс ' нормативно-правовыми актами о рекламе, путем направления Оператору соответству! письменного уведомления. Заключая Договор, Абонент, тем самым, выражает согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативна правовыми актами о рекламе;

- Остальные условия вышеуказанного Договора, не изменённые настоящим Соглашением и не противоречащие Правилам оказания услуг подвижной радиотелефонной связи МТС, остаются в силе, и Стороны подтверждают по ним свои обязательства. Правила оказания услуг подвижной радиотелефонной связи МТС являются публичной офертой, опубликованы на интернет-сайте www.mts.ru и получены Абонентом; их условия, а также условия Тарифного плана Абоненту известны и понятны;

- Настоящее Соглашение является неотъемлемой частью Договора и действует в течение срока действия Договора.

Следовательно, оператором связи ПАО «МТС» получено предварительное согласие абонента на получение рекламы от данного рекламораспространителя, что дополнительно подтверждается информацией, указанной в сообщении: «отправлено МТС».

Таким образом, наличие признаков нарушения ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» в действиях ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124, адрес регистрации:

ул. Марксистская, д.4, г.Москва, 109147), ООО «Стрим» (ИНН 7705893691, ОГРН 10977464331903, адрес регистрации: ул.Щепкина, д.51/4, г.Москва, 129110) Комиссией Новосибирского УФАС России не установлено.

Руководствуясь абз.2 п.36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу №78/18 прекратить.