ПАО «МТС»

Марксистская ул., д. 4,

г. Москва, 109147

Belgacom International Carrier Services

Rue Lebeau, 4, 1000 Brussels, Belgium

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-18863/2019

Резолютивная часть оглашена «05» февраля 2020 года

г. Москва

В полном объеме изготовлено «04» марта 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – <…>,

членов Комиссии – <…>, <…>,

рассмотрев дело № 077/05/18-18863/2019 в отношении ПАО «МТС», «Belgacom International Carrier Services SA» (далее также BICS) по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <…> рекламы: *«Акция продлена. Получите вознаграждение. http://bit/ly/AKCIya»,* поступившего 02.09.2019 в 22:13 от отправителя «BNB-Bank», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получении рекламы,

в присутствии представителя ПАО «МТС» <…> (доверенность <…>),

в отсутствие представителей **BICS**,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-18863/2019 возбуждено в отношении ПАО «МТС» (место нахождения: 109147, город Москва, Марксистская улица, д. 4; ОГРН 1027700149124; ИНН 7740000076), **BICS (регистрационный номер <...> .97 981, Rue Lebeau, 4, 1000 Brussels, Belgium)** на основании обращения физического лица по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <…> рекламы: *«Акция продлена. Получите вознаграждение. http://bit/ly/AKCIya»,* поступившего 02.09.2019 в 22:13 от отправителя «BNB-Bank».

В рассматриваемой рекламе усматриваются признаки нарушения части 1статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получении рекламы.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «МТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124; ИНН 7740000076; КПП 770901001.

«Belgacom International Carrier Services SA» является иностранным юридическим лицом, зарегистрированным на территории Королевства Бельгии под регистрационным номером **0866.97 981.**

Согласно материалам дела № 077/05/18-18863/2019 на номер телефона <…> 02.09.2019 в 22:13 с номера, имеющего буквенный идентификатор «BNB-Bank», поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <…> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, детализацией а также подтверждается оператором связи абонента ПАО «МТС».

Согласно пункту 1 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс - сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной

является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщений, в котором содержится информация о стимулирующем мероприятии (акции), проводимом банком, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <…>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного

сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, а следовательно, является рекламой в понимании пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе, что не оспаривается сторонами по делу.

В соответствии с частью 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.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС 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.

Следует отметить, что 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.

Согласно письменной позиции ПАО «МТС» рассматриваемые смс-сообщения распространены с соблюдением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, так как при заключении абонентского договора заявитель согласился с условиями оказания услуг связи ПАО МТС, которые в пункте 3.5 содержат положение о согласии абонента на получение рекламы при использовании услуг связи.

Между тем Комиссией отмечается, что исходя из понимания части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а также самой цели данной нормы, согласие должно быть получено распространителем рекламы. Учитывая специфику распространения смс-сообщений посредством множества последовательно заключенных договоров, такое согласие должно быть получено распространителем на направление абоненту рекламы определенных товаров (работ, услуг) или определенного лица.

Наличие согласия у конечного распространителя без указания на конкретный объект рекламирования, не является надлежащим, так как из такого согласия не может следовать волеизъявление лица на получение рекламы об определенном объекте рекламирования от определенного лица.

Данный правовой подход полностью соответствует требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что абонент при согласии на получение рекламы выражает свое желание получать только определенную информацию, а не любую рекламу по желанию третьих лиц.

При получении согласия оператором связи такое согласие может распространяться исключительно на рекламу услуг данного оператора связи и иных обозначенных лиц, но не на рекламу неопределенного круга лиц.

В противном случае абонент может быть поставлен в положение, в котором он не в состоянии контролировать поток информации, поступающего от разлияных хозяйствующих субъектов, в том числе иностранных контрагентов оператора связи, в том числе рекламную, поступающую на его телефонный номер <...> что прямо противоречит

части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Таким образом, в настоящем случае абонент должен был согласиться на получение рекламы о банковских услугах именно от **BICS**, а его контрагенты убедиться в его наличии при исполнении нижепоименованных договоров.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <…>, согласие на получение рекламы услуг **BICS (BNB-Bank)** он не давал. Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

В связи с изложенным Комиссия приходит к выводу о том, что рассматриваемая реклама была распространена с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение спорной рекламы на номер <…> 02.09.2019 в 22:13 от отправителя «BNB-Bank» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, указанных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламорастпространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с представленными в материалы дела документами и сведениями, рассылка от отправителя **BICS** осуществлялась на основании договора № D150497185 от 17.10.2015, заключенного между ПАО «МТС» и BICS.

Однако данный договор ПАО «МТС» представлен на английском языке, ввиду отсутствия у ПАО «МТС» нотариально заверенного перевода.

Согласно части 1 статьи 68 Конституции Российской Федерации. государственным языком Российской Федерации на всей ее территории является русский язык.

Согласно пункту 6 части 1 статьи 3 Федерального закона от 01.06.2005 № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» (далее —

Закон о государственном языке) подлежит обязательному использованию во взаимоотношениях федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, иных государственных органов, органов местного самоуправления, организаций всех форм собственности и граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, общественных объединений.

В рамках рассмотрения дела, руководствуясь пунктами 28, 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановление Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее Правила) определением о возбуждении производства по делу по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ц ПАО «МТС» был запрошен нотариально заверенный перевод Договора, заключенного у ПАО «МТС» и BICS. Данный договор на русском языке не был представлен.

Таким образом, у Комиссии Московского УФАС России отсутствует возможность оценить содержание такого договора, а раавно его относимость к распространению рассматриваемой рекламы.

Согласно пункту 13 Правил документы, свидетельсвующие о признаках нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, приложенные заявителем на иностранных языках, представляются с приложением нотариально заверенного их перевода на русский язык.

По мнению членов Комиссии Московского УФАС Росссии, данное требования применимо по аналогии к документам, представляемым лицами участвующими в рассмотрении дела, так как направлено на достижение единой цели, а именно установление точного и недвухсмысленного содержания предствляемых документов.

Вместе с тем Комиссией Московского УФАС России отмечено, что без лексически и юридически точного перевода данного договора невозможно установить характер правоотношений между ПАО «МТС» и BICS, в связи с чем не представляется установить роль BICS как рекламораспространителя при осуществлении спорного смс-сообщения.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так отношения по распространению посредством средств связи

рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламораспространителями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

Как установлено выше, лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Таким образом, оператор связи в рамках рассмотрения данного дела признается рекламораспространителем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Иное фактически выводило бы такого важного участника распространения рекламы по сетям электросвязи как оператор связи из под обязанности по соблюдению Закона о рекламе лишь на основании наличия соответствующей лицензии.

По смыслу части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного частью 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного частью 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений,

стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (часть 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), запрету на злоупотребление правом (часть 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Таким образом, ПАО «МТС» является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие его в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Обратного ПАО «МТС» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на данное лицо не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям. Также Общество не представило надлежащие доказательства участия иностранного юридического лица BICS в распространении спорной рекламы на номер абонента в качестве рекламораспространителя.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлено лицом, участвующим в деле, а также то, что оно было осведомлено относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «МТС» рекламораспространителем рекламы, поступившей на телефонный номер <…> *«Акция продлена. Получите вознаграждение. http://bit/ly/AKCIya»*, поступившего 02.09.2019 в 22:13 от отправителя «BNB-Bank».

ПАО «МТС», действуя в качестве оператора связи, осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату - заявителю.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, незаконной по способу распространения потребителю рекламы, сторонами не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС» уставлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <…> рекламы:

«Акция продлена. Получите вознаграждение. http://bit/ly/AKClya», поступившего 02.09.2019 в 22:13 от отправителя «BNB-Bank»».

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «МТС» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 года № 508 (далее — Правила), при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «МТС» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «МТС» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением посредством sms-сообщений на телефонный номер <…> рекламы: *«Акция продлена. Получите вознаграждение. http://bit/ly/AKClya»,* поступившего 02.09.2019 в 22:13 от отправителя «BNB-Bank».
2. Выдать ПАО «МТС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. В отношении иностранного юридического лица «Belgacom International Carrier Services SA» рассмотрение дела прекратить.

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

Председатель Комиссии <…>

Члены Комиссии <…>

<…>